

للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي
(٥٥٥هـ - ٦٢٣هـ)



تتمة كتاب الغصب إلى أثناء كتاب الإجارة

حقق هذا الجزء
الدكتورة صباح بنت حسن إلياس فلمبان

راجعه ودققه وأشرف على إخراجه وقدم له
الأستاذ الدكتور محمد عبد الرحيم سلطان العلماء





العزيز في شرح الوجيز

العزيز في شرح الوجيز
وهو الشرح الكبير
تأليف : الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي
الطبعة الأولى : ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

طبع بموجب إذن طباعة من المجلس الوطني للإعلام بدولة الإمارات
رقم (١٩٢١٦) تاريخ (١٣/ ١٠/ ٢٠١٤م)



ص.ب: ٤٢٠٤٢ دبي - الإمارات العربية المتحدة
هاتف: ٢٦١٠٦٦٦ ٤ ٩٧١ +
فاكس: ٢٦١٠٠٨٨ ٤ ٩٧١ +
الموقع على الإنترنت : www.quran.gov.ae
البريد الإلكتروني : research@quran.gov.ae

قال حجة الإسلام:

(الباب الثاني: في الطوارئ

وفيه ثلاثةُ فُصول:

الأوَّل: في النُّقصان: فإذا غصبَ ما قيمتُه عشرة، فعادَ إلى درهم، وردَّه بعينِه: فلا شيءَ عليه؛ لأنّ الفائتَ رَغباتُ الناس، لا شيءَ من المغصوب. وإن تَلِفَ فالواجبُ عشرةٌ وهو أقصى القِيَم[1]. وإن تَلِفَ بعضُه كالثَّوبِ إذا أبلاه، حتَّى عادَ إلى نصفِ درهمٍ بعدَ رجوعِ الأصلِ إلى درهم: ضمنَ القدرَ الفائت؛ وهو نصفُ الثَّوبِ بنصفِ أقصى القيم؛ وهو خمسة، وردَّها مع الثَّوبِ البالي).

الطوارئ على المغصوب: إما أن تعود إلى ذاته أو لا تعود إليها، والأول إما أن تكون بزيادة أو نقصان. وإما ما لا يعود[2] إلى ذاته. فأهم ما نتكلم فيه من هذا النوع تصرّفات الغاصب، فلذلك اشتمل الباب على ثلاثة فصول:

أولها: في النقصان: والناقص من المغصوب إما قيمته أو شيء من أجزائه وصفاته، أو كلاهما.

القسم الأول: أن يكون النقصان في القيمة وحدها، كما لو غصب ما قيمته عشرة، فردّه بحاله وقد عادت قيمته إلى درهم، فلا شيء عليه[3]. وقال أَبو ثَورٍ: عليه نقصان القيمة، كما لو تلف المغصوب والصورة هذه، تلزمه أقصى قيمته عشرة.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (القيمة).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإما أن لا تعود).

(٣) «الحاوي» (٨/ ٤٤٥).

لنا: أنّ الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب، بخلاف ما إذا أُتلف، فإنّ الواجب هناك البدل، فوجب الأكثر؛ لكونه مأموراً بالردّ في تلك الحالة، وإذا كانت العين باقيةً فالواجب ردّها، وقد أتى به.

وليعلم قوله في الكتاب: (فلا شيء عليه)، بالواو؛ لمذهب أبي ثَورٍ، فإنه وإن كان داخلاً في طبقة أصحاب الشّافعي رضي الله عنه، فله مذهبٌ برأسه، ولا يُعَدُّ تفرّده وجهاً، لكن حكى المُوَفَّقُ بنُ طَاهِر: أنّ من[1] الأصحاب من يوافقه.

وأيضاً: فإنّ الإمامَ بعد توجيه مذهبه بأنه: تسبب[2] إلى تفويت تلك الزّيادة بإدامة اليدِ العادِيَة، قال: وهذا يجده القيّاس[3] منقاساً.

الثاني: أن يكون النقصان في كليهما: فالجزء التالف مضمون[4] بقسطه من أقصى القِيَم من يوم الغصب إلى يوم[5] التلف، والنقصان الحاصل بتفاوت السّوق في الباقي المردود، غير مضمون.

مثاله: غصب ثوباً قيمته عشرة، وانخفضت السوق فعادت قيمته إلى درهم، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم، يردّه مع[6] خمسة دراهم؛ لأنّ بالاستعمال والإبلاء تنسحق أجزاء من الثوب، وتلك الأجزاء ـ والصورة هذه ـ نصف الثوب؛ لانتهاء قيمته إلى نصف درهم، بعد ما كانت قبل الاستعمال درهماً، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم، كما يغرم الكلّ عند تلفه بالأقصى[7].

---

(١) في (ز)، (ظ): (في).

(٢) في (ط العلمية): (تسبب)، وفي غيرها: (انتسب).

(٣) في (ز)، (ظ): (القيّاسون).

(٤) قال الماوردي: «مضمون على الغاصب باتفاق». «الحاوي» (٨/ ٤٤٥).

(٥) قوله: (يوم) زيادة في (ز)، (ظ).

(٦) قوله: (مع) سقط من (ط العلمية).

(٧) قال الخطيب الشربيني: «ويجب أيضاً مع الخمسة أجرة اللبس». «مغني المحتاج» (٢/ ٢٨٧).

ولو كانت القيمة عشرين، وعادت بانخفاض السوق إلى عشرة، ثم لبسه و[١] أبلاه، حتى عادت إلى خمسة، لزمه مع ردّه عشرة، ولو كانت القيمة[٢] عشرة، وعادت بانخفاض السّوق إلى خمسة، ثُمّ لبسه وأبلاه حتّى عادت إلى درهمين، لزمه مع ردّه ستة؛ لأنه تلف بالإبلاء ثلاثة أخماس الثوب، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم[٣].

وذكر الشيخ أبو عليٍّ أنّ بعض من شرح «المولّدات»[٤] أخطأ في هذه الصورة؛ فقال: يلزمه ثلاثة؛ لأنها الناقصة بالإبلاء[٥]، ولا عبرة بالخمسة التي هي نقصان السوق.

وقياس قول هذا القائل: أن يلزمه في الصورة الأولى ـ وهي المذكورة في الكتاب ـ نصف درهم، وفي الثانية خمسة دراهم.

ولو غصبه وقيمته عشرة، فاستعمله أولاً حتى عادت بالإبلاء إلى خمسة؛ ثم انخفضت السوق فعادت قيمته إلى درهمين، فردّه[٦]، يلزمه ـ مع الردّ ـ الخمسة الناقصة بالإبلاء، ولا يغرم النقصان الحاصل بالسوق[٧] في البالي الباقي.

ولو غصب ثوباً قيمته عشرة، ولبسه وأبلاه حتى عادت القيمة إلى خمسة، ثُمّ ارتفعت السوق، فبلغت قيمته وهو بالٍ عشرة: فظاهر كلام ابن الحَدَّاد: أنه يغرم مع

---

(١) قوله: (لبسه و) سقط من (ز).

(٢) قوله: (القيمة) زيادة في (ز).

(٣) نسبة الدرهمين إلى الخمسة = $\frac{٢}{٥}$ ، فالتالف من الثوب، $\frac{٣}{٥}$
ونسبتها من العشرة = $\frac{٣}{٥}$ × ١٠ = ٦.

(٤) «المولدات» هو كتاب «الفروع المولدات» لابن الحداد.

(٥) في (ظ): (بالإتلاف).

(٦) قوله: (فردّه) سقط من (ز).

(٧) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (في السوق).

ردّ الثوب عَشَرَة؛ لأنّ الباقي من الثوب نصفه، وهو يساوي عشرة، فلو بقي كله لكان يساوي عشرين، فيغرم عشرة للتالف.

واختلف الأئمة فيه، فساعده بعضهم، وخالفه الجمهور على انقسامهم إلى مغلّط ومؤوّل، وقالوا: لا يغرم مع ردّه إلّا الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا عبرة بالزّيادة الحاصلة بعد التلف، ألا ترى أنه لو تلف الثوب كله، ثم زادت القيمة، لم يغرم تلك الزيادة.

قال الإمام[١]: والصّفات كالأجزاء في ذلك كلّه[٢]، حتّى لو غصب عبداً صانعاً، قيمته مئة، فنسي الصّنعة، وعادت قيمته إلى خمسين، ثم ارتفعت السّوق، فبلغت قيمته ناسياً مئة، وقيمته بمثله إذا أحسن تلك الصنعة مائتين، لا يغرم مع ردّه إلّا خمسين.

واعلم أنّ الجواب في صور إبلاء الثوب كلّها، مبنيٌّ على أنّ أجرة مثل المغصوب لازمة مع أرش النقصان الحاصل بالاستعمال، وهو الأصح.

وقد مَرَّ وَجهٌ آخر: أنه لا يجمع بينهما، فعلى ذلك الوجه: الجواب لزوم أكثر الأمرين من المقادير المذكورة، أو أجرة المثل.

ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي أبلاه أنها متى زادت؟ فقال المالك: «زادت قبل الإبلاء، فاغرم التالف بقسطه منها»، وقال الغاصب: «بل زادت بعده»، قال ابنُ سُرَيج: المصدّق الغاصب؛ لأنه غارم، كما لو تلف كله، واختلفا في أنّ القيمة زادت[٣] قبل التّلف أو بعده.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٩٩).

(٢) قوله: (كلّه) سقط من (ي)، (ز)، (ظ).

(٣) قوله: (زادت) سقط من (ط الفكر).

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون النقصان في شيء من الأجزاء والصّفات وحدها[1]، فتوضّحه المسائل الآتية على الأثر، والله أعلم.

قال:

(ولو مزَّقَ الثَّوبَ خرقاً[2] لم يملِكْه (ح)؛ بل يرُدُّ الخرقَ وأَرشَ النَّقص. وإن كانتِ الجنايةُ لا تقفُ سرايتُها إلى الهلاك، كما لو بَلَّ الحِنطةَ حتّى تعفَّنَت، أو اتَّخذَ منها هريسة[3]، أو من التمرِ والسَّمنِ حَلْواء[4]: فنصُّ الشافعيِّ رحمةُ الله عليه: أنّ المالكَ بالخيارِ بينَ أن يأخذَ المعيبَ وأَرشَ النَّقص، أو يُطالبَ بمثلِ أصلِ المال؛ لأنّ[5] مصِيَره إلى الهلاكِ في حقِّ مَن لا يُريدُه[6]، فكأنه هالِك. وفيه قولٌ مخُرَّجٌ وهو القياس: أنه ليس له إلّا ما بقيَ من ملكِه وأَرشُ النَّقص).

النقصان الحاصل في المغصوب نوعان:

أحدهما: ما لا سراية له: فعلى الغاصب أرشه وردّ الباقي، لا فرق في ذلك بين

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بعدها).

(٢) الخِرق: كعنب جمع ومفرده خرقة وهي القطعة من الثوب، وقيل المزقة منه. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب القاف (٦/ ٣٢٨) (خرق).

(٣) الهريسة: فعيلة من الهرس وهو دق الشيء، والهريسة: الحب المدقوق بالمهراس إذا طُبِخ، وقبل الطبخ فهو الهريس. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٣٧) (الهريسة).

(٤) الحلواء: تُمد وتُقصر، وهي اسم لما يؤكل من الطعام إذا كان معالجاً بحلاوة. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٤٩) (حلا).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإن).

(٦) في (ط الفكر): (ويرده).

أن يكون الأرش قدر القيمة، كما في قطع[١] يدي العبد، أو دونها، ولا بين أن يفوّت معظم منافعه أو لا[٢] يفوّت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأوّل أو لا يبطل[٣].

وقال أبو حنيفةَ[٤]: إذا كان الواجب قدر القيمة، أو فوّت الغاصب معظم منافعه بجنايته، كما لو مزّق الثوب المغصوب خرقاً، أو شَقَّهُ طولاً، أو كسر قوائم الدابّة أو بعضها، لم يكن للمالك أن يغرّمه شيئاً إلّا أن يترك المغصوب إليه، وكذا لو ذبح الشاة، أو صبغ الثوب بما لا يقبل بعده لوناً آخر، وهو السواد.

قال: فإذا تصرّف فيه[٥] بما أبطل الاسم الأوّل، ملكه، وغرّم قيمته، ولا سبيل للمالك إلى أخذه منه. وهذا كما إذا غصب حِنطَةً فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو شاة فذبحها وشواها، أو صُفراً فاتخذ منه[٦] آنيةً، أو ثوباً فخاط منه قميصاً.

---

(١) قوله: (قطع) سقط من (ط العلمية).

(٢) قوله: (لا) سقط من (ط العلمية).

(٣) قال الشافعي: «ثم يعطى مالك ذلك ما بين القيمتين، ويكون ما بقي بعد الجناية لصاحبه، نفعه أو لم ينفعه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٦). انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٢٠).

(٤) هذا الحكم عند الحنفية، بناءً على أن شرط وجوب الرد قيام المغصوب في يد الغاصب، فلو هلك في يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة، انتقل الحكم من الرد إلى الضمان، لأن الهالك لا يحتمل الرد.
وفي الحالة الأولى: فعل الغاصب ليس استهلاكاً، وإنما هو تنقيص وتعييب فلا يوجب زوال الملك، فيثبت للمالك الخيار بين أخذ المغصوب مع أرش نقصه أو تركه وأخذ قيمته.
أما في الحالة الثانية: فإن فعل الغاصب وقع استهلاكاً للمغصوب حيث تبدل وصار شيئاً آخر وزال الاسم الأول عنه، فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد.
ويثبت الملك للغاصب في المضمون (المغصوب)، لوجود سبب الثبوت في محل قابل وهو إثبات الملك على مال غير مملوك لأحد. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٤٨ - ١٥٠، ١٥٨) «المبسوط» (١١/ ٨٥ - ٨٦)، «الهداية» (٩/ ٣٣٢ - ٣٣٣، ٣٤١).

(٥) قوله: (فيه) سقط من (ط العلمية).

(٦) قوله: (منه) زيادة في (ز).

وساعدنا في قطع أذن الدابّة، وإحدى يدي العبد، وما أشبههما، أنه يأخذ الباقي، ويغرّمه الأرش[١].

واحتجّ الشافعي[٢] رضي الله عنه فقال: جناية قطع اليدين فوق جناية قطع إحداهما، فإذا لم يستفد بالغرامة في أدنى الجنايتين ملكاً، وجب ألّا يستفيد في أعلى الجنايتين بطريق الأولى. وعبارة الأصحاب: أنه جنى[٣] على ملك الغير، فلا يتوقف تغريمه على تمليكه، كما لو قطع إحدى اليدين.

ولو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله، لم يكن له ذلك، فإنه عين[٤] ملكه. ونقل صاحب «المهذّب»[٥] وغيره، وجهاً: أنه إذا طحن الطّعام المغصوب للمالك، ترك الدّقيق، ومطالبته بالمثل؛ لأنه أقرب إلى حقّه من الدقيق.

والنوع الثاني: ما له سراية لا تزال تزداد إلى الهلاك الكلي، كما لو بلّ الحنطة، وتمكّن منها العفن[٦] السَّاري، أو اتخذ من الحِنطَة المغصوبة هريسة، أو غصب سمناً وتمراً ودقيقاً، واتخذ منها عصيدة[٧]:

---

(١) وذلك لأن الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكاً، لبقائه صالحاً لعامة ما كان صالحاً له من قبل. انظر: «المبسوط» (١١/ ٨٦)، «الهداية» (٩/ ٣٤١)، «الفتاوى الهندية» (٥/ ١٢٢).

(٢) قال الشافعي: «أصل حكم الله تعالى بين المسلمين في أن المالكين على ملكهم لا يملك عليهم إلا برضاهم». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٨٦).

(٣) في (ز): (لو جنى).

(٤) في (ظ): (غير).

(٥) «المهذب» (١٤/ ٢٤٠).

(٦) في (ظ): (فيها العطن).

والعطن: يقال عَطِن الإهاب بالكسر يعطَن عَطَناً فهو عطِن، إذا أنتن وسقط صوفه في العَطْن. انظر: «الصحاح» باب النون، فصل العين (٦/ ٢١٦٤ - ٢١٦٥) (عطن).

(٧) العصيدة: هي التي تعصدها بالمسواط فتمرها به فتنقلب لا يبقى في الإناء شيء منها إلا انقلب. وقيل: دقيق يُلت بالسمن ويطبخ. انظر: «تاج العروس» فصل اللعين، باب الدال (٢/ ٤٢٣) (عصد).

نقل العراقيون عن نصّه رضي الله عنه في «الأم»[(١)] [(٢)]: أنه يجعل كالهالك، ويغرم بدل كلّ مغصوب من مثل، أو قيمة. وقول آخر عن رواية الرَّبيع: أنه يردّه مع أرش النقصان.

ثم قالوا: فيه طريقان للأصحاب:

أحدهما: إثبات القولين:

وجه الثاني: القياس على النوع الأول من النقصان.

ووجه الأول: أنه مشرف على التلف والهلاك، ولو ترك بحاله لفسد؛ فكأنه هالك.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأوّل وجعله كالهالك، أظهر عندهم، سواء ثبت القولان[(٣)] أم لا.

وأما الإمام[(٤)] وصاحب «التهذيب»[(٥)]، فإنهما رويا في المسألة قولين:

أرجحهما[(٦)]: أنه يردّه مع أرش النقصان، وليس للمالك إلاّ ذلك.

والثاني: أنه يتخيّر المالك بينه وبين أن يغرّمه بدل ماله من مثل، أو قيمة[(٧)]،

---

(١) المذكور في «الأم» قوله: «وكذلك إن غصبه سمناً وعسلًا ودقيقاً فعصده، كان للمغصوب الخيار في أن يأخذه معصوداً، ولا شيء للغاصب في الحطب والقدر والعمل، من قبل أن ما له فيه أثرٌ لا عَيْنٌ. أو يقوّم له العسل منفرداً والسمن والدقيق منفردين، فإن كان قيمته عشرة، وهو معصود قيمته سبعة، غرم له ثلاثة، من قبل أنه أدخل عليه النقص. (٣/ ٢٦٠).

(٢) قوله: (في الأم) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أثبت القولين).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٩٣).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٣٠٣).

(٦) في (ز)، (ظ): (أرجحهما عندهما).

(٧) وهو قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة. «الحاوي» (٨/ ٤٨٦).

ويجعل كالهلاك[١]؛ لأنّ أرشَ النقص السَّاري لا يكاد ينضبط، فله أن يكفي نفسه مؤونة نفسه الاطّلاع عليه. وأيضاً: فإنه إذا لم يردّه وتركه بحاله يهلك[٢]، بخلاف ما إذا طحن الحِنطَةَ، فإنه وإن لم يردّ[٣] الدقيق، فلو تركه بحاله لا يهلك.

ونسب الإمام[٤] التخير هكذا إلى نصّ الشافعي رضي الله عنه، وبه أجاب طائفة، منهم الشيخ أبو مُحمَّدٍ والمَسعُودِيُّ، وهو كالمتوسّط بين ما اختاره العراقيون، وبين ما اختاره الإمام وصاحب «التهذيب»[٥].

وذكر البندنيجي قولاً آخر عن رواية أبي إسحاق في الشّرح[٦]: أنه يتخير الغاصب بين أن يمسكه[٧] ويغرمه، وبين أن يردّه مع أرش النقصان.

ويخرج المختصر من هذه الرّوايات أربعة أقوال: تغريمه كما لو هلك. ردّه وأرش النقصان. تخيير المالك. تخيير الغاصب.

وإذا قلنا بالأول، فقد أورد أبو سعيد المُتولّي وجهين في أنّ الحنطة المبلولة لمن تكون؟

أحدهما: تبقى للمالك؛ كي لا يكون العدوان قاطعاً حقّه، كما لو نجس زيته، وقلنا: إنه لا يطهر بالغسل، فإنه يكون المالك أولى به[٨].

---

(١) في (ز)، (ظ): (كالهالك).

(٢) في (ز): (لهلك).

(٣) في (ط الفكر): (فإنه يرد).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٩٣).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٣٠٣).

(٦) أي: «شرح مختصر المُزَنيّ».

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يسكنه).

(٨) قوله: (به) سقط من (ز).

والثاني: أنها تصير[١] للغاصب؛ لأنا ألحقناه بالهلاك[٢] في حقّ المالك، ولو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضماناً، فكذلك هاهنا.

وإذا حكمنا بتغريمه الأرش مع الردّ، فإنه يغرم أرش عيب سارٍ، وهو أكثر من أرش[٣] العيب[٤] الواقف[٥].

ثم قال الشيخ المتولي: إن رأى الحاكم أن يُسلم الجميع إليه فعل، وإن رأى سلّم أرش النقص المتحقّق في الحال إليه[٦]، ووقف الزيادة إلى أن تتيقّن[٧] نهايته، وفي هذا توقّف؛ لأنّ المعقول من أرش العيب السّاري أرش العيب الذي شأنه السّرَاية، وأنه حاصل في الحال.

أما المتولّد منه فيجب قطع النظر عنه؛ إذ الكلام في النقصان الذي لا تقف سرايته على[٨] الهلاك، فلو نظرنا إلى المتولّد منه[٩]، لانجرّ ذلك إلى أن يكون أرش العيب السّاري تمام القيمة، وهو عود إلى القول الأوّل.

---

(١) في (ط الفكر): (أن يكون).

(٢) في (ز)، (ظ): (بالهالك).

(٣) قوله: (من أرش) سقط من (ظ).

(٤) قوله: (العيب) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) قوله: (الواقف) سقط من (ي)، وفي (ز)، (ظ): (الواقف)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (الفائت).
ويعبر عنه البعض بقوله: «عيب مستقر وغير مستقر».

(٦) قوله: (إليه) سقط من (ظ).

(٧) في (ز): (تتبين).

(٨) (على): في (ظ)، وفي غيرها: (إلى).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (معه).

وقد بَيَّنَ في «شرح المفتاح» الشيخ أبو خلف[1] السّلمي ذلك، فإنه قال في التعبير عن قول التخيير: إن شاء المالك ضمنه ما نقص إلى الآن، ثم لا شيء له في[2] زيادة فساد تحصل من بعد، وإن شاء تركه إليه، وطالبه بجميع البدل.

ومن صور النوع الثاني: ما إذا صبَّ الماء في الزّيت، وتعذّر تخليصه[3] منه، فأشرف على الفساد. وعن الشّيخ أبي مُحمَّدٍ: تردّد في مرض العبد المغصوب، إذا كان سارياً عسر العلاج كالسل[4] والاستسقاء[5].

ولم يرتضه الإمام[6]؛ لأن المرض[7] الميؤوس منه قد يبرأ، والعفن المفروض في الحِنْطة يُفضي إلى الفساد لا محالة.

وقوله في الكتاب: (وفيه قول مخرّج)، لم أجد غيره يصفه بكونه مخرّجاً، وقد ذكرنا أنهم نقلوه عن رواية الرَّبيع، ولا حاجة مع النقل إلى التخريج، نعم؛ ربما لا يبلغ النقل المخرّج، فيقع الحافر على الحافر، والله أعلم.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أبو حامد).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (من).

(٣) في (ي): (تحصيله).

(٤) السل ـ بالكسر والضم ـ: قرحة تحدث بالرئة، يصاحبها سعال طويل. انظر: «القاموس المحيط» باب اللام، فصل السين ص١٠١٥.

(٥) الاستسقاء: من قولهم سقى بطنه واستسقى إذا اجتمع فيه السِّقي، وهو ماء أصفر يقع في البطن ولا يكاد يبرأ، أو يكون في نفافيخ بيض في شحم البطن، ويقال استسقى منه أي تقيأ. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب الواو والياء (١٠/ ١٧٩ - ١٨٠).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٩٤-١٩٥).

(٧) في (ز)، (ظ): (المريض).

قال:

(ولو جنى العبدُ المغصوبُ جنايةً قُتِلَ بها قِصاصاً ضمنَ الغاصبُ للمالكِ أقصى قيمتِه؛ إذ حصلَ الفواتُ تحتَ يدِه. وإن تعلَّقَ الأَرشُ برقبتِه ضمنَ الغاصبُ للمجنيِّ عليه، كما يضمنُ المالكُ إذا منعَ البيعَ، وكأنّ الغاصبَ مانعٌ.

فإن تلفَ العبدُ في يدِه ضمنَ للمجنيِّ عليه الأَرش، وللمالكِ القيمة. وإن سلَّمَ القيمةَ إلى المالكِ فللمجنيِّ عليه التَّعلُّقُ به؛ لأنه بدلُ عبدٍ[1] تعلَّقَ به أرشُه، فإذا أخذَه المجنيُّ عليه رجع المالكُ على الغاصبِ بما أَخذه؛ لأنه لم يُسلَّم له).

مقصود الفصل: الكلام في جناية العبد المغصوب، وسبب ذكره في هذا الموضع: أنّ الجناية أحد أنواع النقصان، ونحن نذكره، ونضمّ إليه: حُكم الجناية عليه.

أما جنايته، فينظر: إن جنى بما يوجب القصاص[2]، واقتصّ منه في يدِ الغاصب، غُرّم الغاصب أقصى قيمة[3] من يوم الغَصبِ إلى الاقتصاص. وإن جنى بما يوجب القصاص في الطرف، واقتصّ منه في يده، غُرّم بدله، كما لو سقط بآفة سماوية[4].

---

(١) في (ز): (عن).

(٢) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٢٥ - ٤٢٦)، «المهذب» (١٤/ ٢٤٣).

(٣) في (ي)، (ز)، (ظ): (قيمته).

(٤) قوله: (سماوية) زيادة في (ز)، (ط العلمية).

ولو اقتصّ منه بعد الردّ إلى السيّد، غُرّم الغاصب أيضاً؛ لأنّ سبب الفوات حصل في يده، وكذا الحكم لو ارتدّ أو سرق في يد الغاصب، ثم قُتل أو قُطع بعد الردّ إلى المالك[1].

ولو غصب مرتدّاً أو سارقاً، فقُتل أو قُطع في يد الغاصب، هل يضمنه الغاصب؟ في «النهاية»[2]: أنه على الوجهين، في أنه إذا اشترى مرتدّاً أو سارقاً، فقُتل أو قُطع في يد المشتري، فمن ضمان من يكون القطع والقتل؟

ولو جنى المغصوب على نفسٍ أو مالٍ جنايةً توجبُ المال متعلقاً برقبته[3]، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء[4].

قال الإمام[5]: وبم يفديه؟ بأرش الجناية بالغاً ما بلغ، أم بأقلّ الأمرين من الأرش وقيمة[6] العبد؟ فيه قولان، كما إذا أراد المالك تخليص العبد الجاني وفداه. قال: وهذا لأن قول[7] وجوب بذل[8] الأرش بتمامه في حقّ المالك. ووجهه: أنه امتنع من البيع، ولو رغب فيه ربما وقع الظفر بمن يشتريه بمقدار الأرش، ومثل هذا موجود في حقّ الغاصب؛ لأنه بالغصب مانع مالكه من بيعه، فينزّل ذلك منزلة المالك المانع، ويترتب عليه تضمينه المجني عليه.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٠١).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٢١).

(٣) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٢٦ - ٤٢٧).

(٤) «لأنه حق تعلق برقبته في يده». «المهذب» (١٤/ ٢٤٣).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٢١).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ومن قيمة)، وفي (ي): (من قيمة).

(٧) قوله: (قول) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٨) قوله: (بذل) سقط من (ي)، (ز)، (ظ).

وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله: (كما يضمن المالك إذا منع البيع، وكأن الغاصب مانع).

ولك أن تقول: لو كان تضمينه[١] للمنع من البيع، لسقط الضمان إذا ردّه إلى المالك؛ لارتفاع الحيلولة، ولا يسقط، بل لو بيع في الجناية بعد الردّ إلى المالك، غرمه الغاصب أيضاً كما سيأتي.

ولم يوجه العراقيون تضمينه بذلك، وإنما وجّهوه بأن جناية العبد نقص[٢] دخله، فكان[٣] كسائر وجوه النقصان.

وسواء جرى القولان[٤] كما ذكره الإمام[٥] أم لا، فالظاهر: أنه لا يجب على الغاصب تخليصه[٦] إلا بأقلّ الأمرين، وهو المذكور في «التتمة».

وإذا ثبت أنّ الجاني والجناية مضمونان على الغاصب، فلا يخلو: إما أن يتلف العبد في يد الغاصب، أو يردّه.

إن تلف في يده، فللمالك تغريمه أقصى القيم، فإذا أخذها، فللمجني عليه إن لم يغرّم الغاصب له بعد، أن يغرّم الغاصب، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك؛ لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق ببدلها، كما أنّ العَين المرهونة إذا أتلفها متلف يتوثق المرتهن ببدلها.

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (يضمنه).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (لنقص).

(٣) قوله: (فكان) سقط من (ط العلمية).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الوجهان).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢١٨).

(٦) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (تحصيله).

وحكى الشيخ أبو عليّ وَجهاً: أنّ القيمة المأخوذة تسلّم للمالك، ولا يطالبه المجني عليه بها وإنما يطالب الغاصب، كما أنّ المجني عليه لو أخذ الأرش لم يكن للمالك التعلق به، فهما كرجلين لكل واحدٍ منهما دينٌ على ثالثٍ، والصحيح الأول.

وإذا أخـذ المجـني عليـه حقّـه من تلك القيمة، يرجع المالك بما أخذه على الغاصب؛ لأنه لم يسلم له، بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب.

ثم الذي يأخذه المجني عليه قد يكون كلّ القيمة بأن كان الأرش مثل القيمة، وقد يكون بعضها بأن كانت القيمة ألفاً والأرش خمسمئة، فلا يأخذ إلّا خمسمئة، ولا يرجع المالك إلّا بخمسمئة؛ لأن الباقي قد سلّم له.

وكذا لو كان العبد يساوي ألفاً فرجع بانخفاض السوق إلى خمسمئة، ثم جنى ومات[١] عند الغاصب، فغرّمه المالك الألف، لم يكن للمجني عليه إلّا خمسمئة وإن كان أرش الجناية ألفاً؛ لأنه ليس له[٢] عليه إلاّ قدر قيمته يوم الجناية[٣].

وإن ردّ العبد إلى المالك، نظر: إن ردّه بعد ما غرم للمجني عليه[٤]، فذاك. وإن ردّ قبله فبيع في الجناية، رجع المالك على الغاصب بما أخذه منه؛ لأنّ الجناية حصلت حين كان العبد مضموناً عليه.

ويخالف ما إذا جنى في يد المالك، ثم غصبه غاصب فردّه، ثم بيع في تلك الجناية، حيث لا يرجع المالك بشيء؛ لأنّ الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه.

---

(١) في (ز): (تلف).

(٢) قوله: (له) سقط من (ي)، (ز)، (ظ).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (قدر قيمة الجناية).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (غرم المجني عليه).

وفرّع ابنُ الحَدَّادِ على ذلك، فقال: إذا جنى في يدِ المالك جنايةً تستغرق قيمته، ثُمّ غُصب وجنى في يد الغاصب[١] جناية أخرى مستغرقة[٢]، ثُمّ ردّه إلى المالك، ثم بيع في الجنايتين وقسم الثمن بينهما نصفين، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد؛ لأنّ إحدى الجنايتين وُجدت والعبد في ضمانه.

فإذا أخذه كان للمجني عليه[٣] الأوّل التعلق به، ولا حقّ فيه[٤] للمجني عليه الثاني.

ووجّه الشيخان أبو عليٍّ وأبو مُحَمّدٍ: بأنّ سبب وجوب هذا النصف إنما هو الغصب، فإنه بالغصب ضمن ما جنى[٥] المغصوب، والغصب مقدّم على الجناية الثانية، فلا يأخذ المجني عليه الثاني مما وجب[٦] به شيئاً، كما لو جنى عبده على رجلٍ ثم قُطعت يده، ثُمّ جنى على آخرٍ ثُمّ قُتل أو مات من سراية القطع، فإنّ أرش اليدِ لا يأخذ منه المجني عليه الثاني شيئاً؛ لوجوبه بالقطع المتقدّم على الجناية عليه.

ثُمّ إذا أخذ المجني عليه الأوّل، لم يرجع المالك على الغاصب؛ لأنه أخذه بسبب جنايةٍ غير مضمونةٍ على الغاصب.

ولو كان الفرع بحاله، وتلف العبد بعد الجنايتين في يد الغاصب، فله طلب القيمة من الغاصب، وللمجني عليهما[٧] أخذها.

---

(١) قوله: (في يد الغاصب) سقط من (ز).

(٢) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٢٧ – ٤٢٨).

(٣) قوله: (عليه) سقط من (ي).

(٤) قوله: (فيه) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) (جنى): في (ز)، وفي غيرها: (يجني).

(٦) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بما يوجب).

(٧) (عليهما): في (ز)، (ظ)، وفي غيرهما: (عليه)، وما أثبته هو الصحيح، لموافقته حكم الفرع المذكور.

فإذا أخذاها، فللمالك الرّجوع بنصفها على الغاصب؛ لأنه أخذ منه النصف بجنايـةٍ مضمونـةٍ على الغاصب. فإذا رجع به[١] فللمجني عليه الأوّل أخذه؛ لأنه بدل ما تعلق به حقّه قبل الجناية الثانية. وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرّةً أخرى؛ لأنه مأخوذ بجنايةٍ غير مضمونةٍ على الغاصب[٢]. هذا ظاهر المذهب في الحالتين.

وقيل: إذا ردّ العبد، وبيع في الحالتين[٣]، فالنصف الذي[٤] يرجع به المالك يسلّم[٥] له ولا يؤخذ منه، وإنما يطالب المجني عليه الأوّل الغاصب بنصف القيمة.

وإذا تلف[٦] في يد الغاصب بعد الحالتين، لا يأخذ المالك شيئاً، ولكن المجني عليه الأوّل يطالب الغاصب بتمام القيمة، والمجني عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة.

ولو جنَى العبد المغصوب في يد الغاصب أوّلاً، ثُمّ ردّه إلى المالك، فجَنَى في يدِه جنايةً أخرى، وكلّ واحدةٍ منهما تستغرق القيمة، فبيع فيهما، وقسم الثمن بينهما، فللمالك الرّجوع على الغاصب بنصف القيمة؛ للجناية التي هي مضمونة عليه.

فإذا أخذه، قال الشيخ أبو عليٍّ: سمعتُ الشيخَ القَفّالَ مرّةً يقولُ: ليس لواحدٍ من المجني عليهما أخذه. أما الثاني[٧]؛ فلأنّ الجناية عليه مسبوقة بجنايةٍ مستغرقة،

---

(١) قوله: (به) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) من قوله: (مرة أخرى) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) في (ز): «الجنايتين». وكذا في الموضع الآتي بعد سطرين. (م ع).

(٤) (الذي): في (ز)، وفي غيرها: (الأول).

(٥) (يسلم): في (ز)، وفي غيرها: (سلم).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ثبت).

(٧) أي الجاني الثاني.

وحقّ الثاني لم يثبت إلّا في نصف القيمة، وقد أُخذ[١]. وأما الأوّل؛ فلأنّ حقّ السيّد في القيمة ثبت بنفس الغصب، وهو متقدّم[٢] على حقّ المجني عليه، فما لم يصل حقّه إليه، لا يُدفع[٣] إلى غيره شيء[٤].

وقال: وليس هذا بشيءٍ، بل للمجني عليه الأوّل أخذه، كما في المسألة السابقة، ولا عبرَة بثبوت حقّ السيّد في القيمة؛ فإنّ حقّ السيّد وإن كان متقدّماً، يتقدّم عليه حقّ المجني عليه، كما في نفس الرّقبة.

قال: وقد ناظرتُ القَفَّالَ فيه[٥]، فرجع إلى قولي. وعلى هذا، فإذا أخذه المجني عليه الأوّل[٦]، رجع به المالك على الغاصب مرّةً أخرى، ويسلّم له المأخوذ ثانياً؛ لأنّ الأوّل قد أخذ تمام القيمة، والثاني لم يتعلّق حقّه إلّا بالنصف، وقد أخذه.

ولو جنى في يد الغاصب، ثُمّ في يدِ المالك كما صوّرنا، ثُمّ قتله الغاصب، أو غصبه ثانياً فمات عنده، أُخذت القيمة منه، وقُسمت[٧] بين المجنيّ عليهما، ثم للمالك أن يأخذ منهما[٨] نصف القيمة؛ لأنه أُخذ منه بسبب[٩] جنايةٍ مضمونةٍ عليه.

---

(١) في (ز)، (ط العلمية): (أخذه).

(٢) في (ي)، (ط الفكر): (مقدم).

(٣) في (ظ): (يرجع).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (شيئاً).

(٥) قوله: (فيه) زيادة في (ز)، (ظ).

(٦) قوله: (الأول) سقط من (ز).

(٧) قوله: (وقُسمت) سقط من (ط الفكر).

(٨) (منهما): في (ز)، وفي غيرها: (منه).

(٩) قوله: (بسبب) سقط من (ط العلمية).

فإذا أخذه، كان للمجني عليه الأوّل أن يأخذه منه[١]، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرّةً أخرى ويسلّم له المأخوذ في هذه المرّة، وقد غرم الغاصب ـ والصورة هذه ـ القيمة[٢] مرّتين، مرّةً بجنايةِ العبد[٣] في يده، ومرّةً بالقتل.

وعلى قياس الوجه الذي سبق: يأخذ المجني عليه الأوّل تمام القيمة من الغاصب، والثاني نصف القيمة، والمالك نصف القيمة[٤] ولا تراجع.

هذا هو القول في جناية العبد المغصوب[٥].

وأما الجناية عليه: فإن قُتل، نظر[٦]: إن وجب القصاص، بأن كان القاتل عبداً، والقتل عمداً، فللمالك القصاص، فإذا اقتصّ برئ الغاصب؛ لأنه أخذ بدل عبده، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة، كما لا نظر في الأحرار إلى تفاوت الدِّية. فإن لم يجب القصاص، بأن كان الجاني حُرّاً، فعليه بالجناية قيمته يوم القتل، سواء قتله[٧] الغاصب أو أجنبيٌّ.

والمالك بالخيار بين أن يطالب بها[٨] الغاصب أو الجاني، لكن القرار[٩] على الجاني. ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر، ونقصت في يد الغاصب، فعليه ما نقص بحكم اليد. وإن كان الجاني عبداً، فإن سلّمه سيّده وبيع في الجناية، نظر[١٠]:

---

(١) في (ي): (معه).

(٢) قوله: (القيمة) سقط من (ز).

(٣) قوله: (العبد) سقط من (ظ).

(٤) قوله: (والمالك نصف القيمة) سقط من (ز).

(٥) قوله: (المغصوب) سقط من (ز).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٠١).

(٧) قوله: (قتله) سقط من (ظ).

(٨) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (به).

(٩) في (ط العلمية): (الإقرار).

(١٠) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٠١).

إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب، أخذه ولا شيء له على الغاصب، إلّا إذا كانت القيمة قد نقصت عنده[١] قبل القتل. وإن كان الثمن أقلّ، أخذ الباقي من الغاصب.

وإن اختار سيده فداه، إن قلنا: يفديه بالأرش، أخذه ولا شيء له على الغاصب، إلّا على التقدير المذكور. وإن قلنا: يفدي بالأقلّ من أرش الجناية وقيمة الجاني: فإن كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني، فالباقي على الغاصب. وإن كانت أقلّ أو مثلها، أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب، إلّا على التقدير المذكور.

ولو اختار المالك تغريم الغاصب ابتداءً[٢]، فله ذلك، ويأخذ منه جميع قيمة المغصوب، ثم يرجع الغاصب على سيّد العبد الجاني بما غرم، إلّا ما لا يطالب به إلّا الغاصب.

هذا إذا كانت الجناية قتلاً.

أما الجراحات، فإما أن يكون لها أرش مقدّر في حقّ الحُرّ، أو لا يكون لها أرش مقدّر في حقّ الحُرّ[٣]، فالواجب في القسمين ما بيّنا من قبل: فإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية، كان المرعي حالة الاندمال، فإن لم يكن حينئذ نقصان، لم يطالب بشيءٍ.

وإذا كان الواجب مقدّراً من القيمة كالمقدّر من الدِّية: فيؤخذ في الحال، أم يؤخّر إلى الاندمال؟ فيه قولان، كما لو كانت الجناية على الحُرَّ، وسيأتي ذلك في موضعه.

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (عنه).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الفداء).

(٣) قوله: (في حقّ الحرّ) زيادة في (ز).

وإذا كان الجاني غير الغاصب وغرّمناه المقدّر من القيمة، وكان الناقص أكثر من ذلك المقدّر، فعلى الغاصب ما زاد على المقدّر. وإن كان المقدّر أكثر مما نقص من القيمة، فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص من القيمة؟

ذكرنا في ما إذا سقطت يده بآفةٍ سماويّةٍ[١]: أنّ الأصحّ أنّه لا يطالب، وهاهنا الظاهر: أنه يطالب والقرار على الجاني.

وترددوا في ما إذا قطعت يده قصاصاً أو حدّاً؛ لأنه يشبه السّقوط بآفةٍ سماويّةٍ[٢] من حيث إنه تلفٌ بلا بدلٍ، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار.

فإن اجتمعت جناية المغصوب والجناية عليه، كما إذا قتل العبد المغصوب إنساناً، ثم قتله في يد الغاصب إنسانٌ[٣]، فللمغصوب منه أن يقتصّ، ويسقط به الضّمان عن الغاصب، ويبطل حقّ ورثة مَنْ قتله المغصوب؛ لأنّ العبد الجاني إذا هلك ولم يحصل له عِوضٌ، يضيع حقّ المجني عليه.

نعم، لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بعروض عيبٍ بعد ما جنى، فلا يبرأ الغاصب من أرش ذلك النقصان، ولوليّ من قتله التمسك به.

وإن عرض العيب قبل جنايته، فاز المغصوب منه بالأرش[٤]؛ لأنّ الجزء المقابل للأرش كان مفقوداً[٥] عند الجناية.

---

(١) قوله: (سماويّة) زيادة في (ز).

(٢) قوله: (سماويّة) زيادة في (ز).

(٣) في (ي)، (ز)، (ظ): (عبد إنسان).

(٤) في (ز): (فإن المغصوب منه يطالب بالأرش).

(٥) في (ز)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (مقصوداً).

ولو لم يقتصّ المغصوب منه[1]، بل عفا على المال، أو كانت الجناية موجبة للمال، فحُكْم تغريمه وأخذه المال على ما مرّ في الجناية عليه من غير جناية منه. ثم إذا أخذ المال، كان لورثة مَنْ جنى عليه عبده، التعلّق به؛ لأنه بدل الجاني على مورّثهم.

فإذا أخذوه رجع به[2] المغصوب منه على الغاصب مرّة أخرى؛ لأنه أُخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه، ويسلّم له المأخوذ ثانياً على ما مرّ نظيره. والله أعلم.

قال:

(وإذا نقلَ الغاصبُ التُّرابَ من أرض المالك فعليه رَدُّ التُّرابِ بعينِه أو ردُّ مثلِه، والأَرشُ لتسويةِ الـحُفَر. والبائعُ إذا قلعَ أحجاره: يكفيه تسويةُ الـحُفَر، ولا يلزمُه الأَرش. وقيل: في المسألتَينِ قولانِ بالنَّقلِ والتَّخريج. والاكتفاءُ بالتسويةِ في الموضعَينِ أَولى؛ فإنه لا يَتَفاوَت، بخلافِ بناءِ الجدارِ بعد هدمِه.

وليسَ للغاصبِ أن يَنقُلَ التُّرابَ إلى مِلكِه إلَّا بإذنِه، فإن منَعَه لم يكن له ذلك، إلَّا إذا تضرَّرَ الغاصبُ به لتضييقِه مِلكَه، أو لوقوعِه في شارعٍ يَحذرُ من التَّعثُّرِ به ضماناً. ولو حفرَ بئراً في دارِه فله طمُّها وإن أباه المالك؛ ليخرُجَ عن عُهدةِ ضمانِ التردِّي. فإن أبرأه المالك؛ فالأظهر: أنّ رضاه الطارئَ كالرِّضا المقرونِ بالحفر، حتّى يسقُطَ الضَّمانُ به، فلا يجُوزُ له الطَّمُّ بعد رضاه).

---

(١) في (ز): (به).

(٢) قوله: (به) زيادة في (ز)، (ظ).

نقل التراب من الأرض المغصوبة: تارةً يكون من غير إحداث حفرة فيها، كما إذا كشط عن وجهها، وتارةً يكون بإحداث حفرة فيها[١]، كما إذا حفر بئراً أو شقّ نهراً.

الحالة الأولى: إذا كشط وجه الأرض ونقل التراب، فللمالك إجباره على ردّه إن كان باقياً[٢]، وإن تلف وانمحق بهبوب الرياح أو السيول الجارفة[٣] أجبره على[٤] ردّ مثله إليه[٥]، وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كانت من انبساط أو ارتفاع[٦].

وإن لم يطالبه المالك بالردّ، نُظر: إن كان له فيه غرضٌ بأن دخل الأرض نقص، وكان ذلك النقص يرتفع بالردّ ويندفع عنه[٧] الأرش، أو كان نقل التراب إلى ملكه وأراد تفريغه، أو إلى ملك غيره، أو شارع يحذر[٨] من التعثر به الضمان، فله الاستقلال بالردّ.

وإن لم يكن شيء من ذلك، بل نقله إلى مَوَاتٍ، أو من أحد طرفي الأرض المغصوبة إلى الآخر، فإن منعه المالك من الردّ لم يردّه[٩].

---

(١) من قوله: (كما إذا) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) قال الشافعي: «وكذلك لو نقل عنها تراباً كان له أن يرد ما نقل عنها حتى يوفيه إياها في الحال التي أخذها». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (الجارية).

(٤) قوله: (أجبره على) سقط من (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) فإن لم يقدر على مثله، ضمن القيمة. «الحاوي» (٨/ ٤٦٣).

(٦) في (ز): (وارتفاع).

(٧) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (ويتوقع منه).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يحدث).

(٩) «لما فيه من إتعاب بدنه وأعوانه بغير نفع يرجع إليه، وربما كان فيه إضرار لغيره، وهذا سفه». «الحاوي» (٨/ ٤٦٥).

وإن لم يمنعه، فهل يفتقر الردّ إلى إذن المالك؟ حكى في «التتمّة» فيه وجهين، بناء على الوجهين في أنه إذا منعه، فخالف وردّ، فهل للمالك مطالبته بالنقل[١] ثانياً[٢]؟

إن قلنا: لا، ردّ من غير إذن المالك.

وإن قلنا: نعم، افتقر إلى إذنه، وهو المذكور في الكتاب، وهو الأظهر.

وإذا كان له غرضٌ في الردّ، فردّه إلى الأرض، فمنعه المالك من بسطه، لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً. والله أعلم.

الحالة الثانية: إذا حفر في الأرض المغصوبة بئراً، فأمره المالك بطَمّهَا لزمه الطَّمّ[٣]، وإن لم يأمره المالك، كان له أن يستقلّ بالطَّمِّ؛ ليدفع عن نفسه خَطَر الضّمان لو تَردّى فيها متردٍّ. وأيضاً: فقد يكون في الطّمِّ بعض الأغراض المذكورة في الحالة الأولى.

وقال المُزَنيّ[٤]: لا يطمّ إلّا بإذن المالك.

فإن منعه المالك، وقال: «رضيت باستدامة البئر»: فإن كان[٥] للغاصبِ غَرض في الطَّمِّ سوى دفع ضمان التردّي فله الطمّ. وإن لم يكن له[٦] غرض سواه، فوجهان:

---

(١) في (ز): (بالرد).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (ثانياً إلى الأرض).

(٣) لأن التراب ملك المغصوب منه، وقد نقله الغاصب من موضعه، فلزمه رده إلى موضعه. انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٥٧).

(٤) قال المُزَنيّ: «فكذلك نقل التراب عن الأرض، والبئر إذا لم تُبن بطوب أَثَرٌ لا عَيْنٌ، ومنفعةٌ للمغصوب، ولا حق في ذلك للغاصب». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٥) قوله: (كان) سقط من (ط العلمية).

(٦) قوله: (له) سقط من (ظ).

أحدهما: أنّ له الطمّ أيضاً؛ لأنّ الإذن الطارئ لا يرفع[(١)] حُكم الحفر المتقدّم.

وأظهرهما ـ ويُحكى عن أبي حنيفة[(٢)] ـ: المنع، ويندفع عنه الضّمان؛ لخروجه عن أن يكون جنايةً وتعدياً[(٣)].

ولو لم يقل: «رضيت باستدامتها»، واقتصر على المنع من الطّمّ:

ففي «التتمة»: أنه كما لو صرّح بالرّضا؛ لتضمّنه[(٤)] إياه.

وقال الإمام[(٥)]: لا يتضمّنه[(٦)].

ولو كان الغاصب قد طمّ[(٧)] البئر بآلة نفسه، فله نقلها، وللمالك إجباره عليه، فإن تركها ووهبها منه، لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين[(٨)].

وحيث قلنا في الحالتين: إنه يرد التراب إلى الأرض المغصوبة؛ لوقوعه في ملكه أو في شارع، فذاك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الردّ، فإن تيسّر لم يردّه إلَّا بالإذن. قاله في «النهاية»[(٩)]. وذكر: أنه إنما يستقلّ بطمّ البئر، إذا بقي التراب الأول بعينه. أما إذا تلف ففي الطمّ بتراب آخر دون إذن المالك وجهان.

---

(١) في (ز): (يدفع).

(٢) قال في «الجامع الوجيز» («الفتاوى البزازية»): «من حفر حفيرة في أرض غيره وأضره ذلك ضمن النقصان، وإن علم عدم المضرة لا شيء عليه». (٦/ ١٨٨)، انظر: «الفتاوى الهندية» (٥/ ١٢٩).

(٣) ذكر في «المهذب» (١٤/ ٢٥٧): أن المالك لو منعه من الطم وأبرأه من الضمان، ففي صحة الضمان وجهان.

(٤) في (ط العلمية): (ليضمنه إياه).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٣٥).

(٦) في (ط العلمية): (يضمنه).

(٧) في (ز)، (ظ): (طوى).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٣).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٣٦).

وينبغي أن يجري[١] هذا الخلاف في الحالة الأولى، وفي ما إذا طلب المالك الردّ والطمّ عند تلف ذلك التراب. والظاهر فيها[٢] جميعاً: أنه لا فرق بين ذلك[٣] التراب وغيره.

ثُمّ[٤] إذا أعاد هيئة الأرض في الحالتين إلى ما كانت عليه، إما بطلب المالك أو دونه، نظر: إن لم يبق[٥] في الأرض نقص، فلا أرش عليه، ولكن عليه أجرة المثل لمدّة الحفر والردّ. وإن بقي فيها نقص، وجب عليه الأرش مع الأجرة[٦].

هذا ما به الفتوى في مسألة الفصل من أوّلها إلى هذا الموضع، ووراءه تصرّف للأصحاب: قالوا: النصّ في ما نحن فيه: أن يجب أرش النقص الحاصل بالحفر.

ولم يوجب التسوية؛ لأنه نصّ على ذلك في ما إذا غرس في الأرض المغصوبة؛ ثم قلع بطلب المالك.

وإذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة، فقلعها ونقلها، نصّ أنه يلزمه تسوية الأرض، واختلفوا فيهما[٧] على طريقين[٨]:

أحدهما: أنّ في الصورتين قولين بالنقل والتخريج:

---

(١) في (ز)، (ظ): (يجيء).

(٢) في (ز): (فيهما).

(٣) قوله: (ذلك) سقط من (ط العلمية).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (أما).

(٥) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (يتفق).

(٦) قال الماوردي: «أما أجرتها في زمان رد التراب إليها، فإن كان رده بعد تسليم المالك لها وتصرفه فيها فلا أجرة عليه، وإن كان قبل تسليم المالك لها فعليه الأجرة». «الحاوي» (٨/ ٤٦٤).

(٧) (فيهما): في (ز)، وفي غيرها: (فيها).

(٨) انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٥٦).

أحدهما: أنّ الواجب في الموضعين أرش النقصان؛ لأنّ إلزام التسوية مقابلة فعل بمثله، فصار كما إذا هدم جدار الغير، لا يكلف بإعادته.

والثاني: أنّ الواجب التسوية؛ لتعود الأرض إلى ما كانت، ومهما أمكن التضمين بالمثل، لا يصار إلى التضمين بالقيمة، ويفارق هدم الجدار؛ لما[1] تقدّم في البيع[2].

والطريق الثاني: تقرير النصّين، وفرّقوا بأنّ الغاصب متعدٍّ، فغلّظ عليه الأمر بإيجاب الأرش.

لكن لا متانة[3] لهذا الفرق؛ لأنّ مؤونة التسوية قد تزيد على أرش النقصان الحاصل بالحفر، فلا تظهر زيادة تغليظ بإيجاب الأرش. وأيضاً: فإنا إذا أوجبنا التسوية وبقي بعد التسوية نقصان في الأرض[4] يجب أرشه، نصّ عليه الأئمة، ولا بدّ منه، وإلا كان الضّمان دون الفائت، وإذا أوجبنا أرش النقصان الباقي[5] بعد التسوية مع التسوية، لم يكن فيه تخفيف، والله أعلم.

وإذا نظرت في لفظ الكتاب، أفهمك ظاهره: انصراف الطريقين إلى شيء آخر، وهو أنّ الواجب: مجرّد التسوية، أو[6] يجب مع التسوية أرش النقص الباقي؛

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كما).

(٢) الفرق بينهما: أن تسوية الأرض وطم الحفيرة لا يكاد يتفاوت، وهيئات الأبنية تختلف وتتفاوت، فيشبه ذلك بذوات الأمثال، وهذا بذوات القيم. انظر ما سلف (٨/ ٣٠٦).

(٣) في (ي): (لا تأثير).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (من الأرش).

(٥) في (ظ): (فالباقي).

(٦) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (أم)، وفي (ظ): (لم)، وربما يكون هو الأولى، لكن لا بد من زيادة حرف الواو فيقول: (ولم).

لأنه قال: (فعليه ردّ التراب، والأرش)، وأيضاً قال: (يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الأرش)، وأيضاً قال: (والاكتفاء بالتسوية في الموضعين أولى)، لكن الاعتماد على ما نقلناه، وإن كان المراد ما أشعر به ظاهره، لما انتظم التوجيه[١] بقوله: (فإنه لا يتفاوت، بخلاف بناء الجدار بعد هدمه)؛ لأنّ هذا المعنى لا يقتضي القناعة بالتسوية، والإضراب عن أرش النقصان الباقي بعدها، وإنما هو توجيه القول الصائر إلى وجوب التسوية.

والفرق بين إعادة الجدار بعد هدمه، وبين التسوية، على ما مرّ.

فإذاً يجب تأويل ظاهر الكتاب، بأن يُحمل قوله: (فعليه ردّ التراب)، على ردّه وتسليمه إلى المغصوب منه، لا إلى الأرض[٢].

ويكون معنى قوله: (والأرش؛ لتسوية الحفر): والأرش ليُسوِّي به الحفر[٣]، وقوله: (يكفيه تسوية الحفر، ولا يلزمه الأرش)، يؤمر بالتسوية ولا يكلّف الأرش، أو ما أشبه ذلك، ويجوز أن يعلم بالواو، وقوله في الكتاب: (وتسوية الحفر)، في مسألة بيع الأرض التي فيها حجارة مدفونة من كتاب البيع[٤]؛ لما[٥] عرفته هاهنا، وكنا قد أحلنا شيئاً من الكلام فيه إلى هذا الموضع.

واعلم أنّ توجيه هذا الخلاف الذي شرحناه، يقتضي طرده في طمّ البئر، لكنهم سكتوا عنه.

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (الوجه).

(٢) في (ط الفكر): (الأرش).

(٣) اضطربت النسخ في هذا الموضع، والمثبت من (ز). (م ع).

(٤) انظر ما سلف (٦/ ٣١٠).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كما).

وقوله: (وليس للغاصب أن ينقل التراب إلى ملكه)، يجوز إعلامه بالواو؛ لما سبق. وقوله: (فله طمّها وإن أباه المالك)، أي لم يرده ولم يأذن فيه. أما إذا صرّح بالمنع مع الرّضا باستدامة البئر أو دونه[1]، فهو على الوجهين الذين ذكرهما عقِبه.

وليُعلم قوله: (وإن أباه)، بالزاي.

وقوله: (فإن أبرأه المالك)، أي: عن ضمان التردّي، وهذا اللفظ قد استعمله كثير من الأصحاب. قال الإمام[2]: وليس المراد منه حقيقة الإبراء، فإنّ الضمان حقّ عساه يثبت للمتردّي، فكيف يبرئه[3] عن حقّ الغير قبل ثبوته، وإنما المراد: الرّضا بإبقاء البئر، كما قدّمناه.

قال:

(وإذا خصى العبدَ فعليه كمالُ قيمتِه. فإن سقطَ ذلكَ العضوُ بآفةٍ سماويّةٍ[4] فلا شيَءَ عليه[5] (و)؛ لأنّه به تزيدُ قيمتُه. وكذلك إذا نقصَ السِّمَنُ المُفرِط ولم ينقُصْ من القيمة).

إذا خَصَى العبدَ المغصوب، فهو على القولين السّابقين في أنّ جراح العبد هل تتقدّر؟ إن قلنا بالجديد، وهو أنه تتقدّر: لزمه كمال القيمة[6]. وإن قلنا: لا تتقدّر: فالواجب ما نقص من القيمة، فإن لم ينقص شيءٌ، فلا شيءَ عليه.

---

(١) قوله: (أو دونه) زيادة في (ز).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٣٦).
(٣) (يبرئه): في (ز)، وفي غيرها: (يبرئ).
(٤) قوله: (سماوية) سقط من (ز).
(٥) قوله: (عليه) سقط من (ز).
(٦) وقطع به في «المهذب» (١٤/ ٢٤١).

ولو سقط ذلك العضو بآفةٍ سماويّةٍ، وزادت قيمته، وردّه، فلا شيء عليه على القولين. نعم، قياس الوجه الذي قدمناه ـ في أنه يُضمن بالتلف تحت اليدِ العادِية، كما يُضمن بالجناية ـ: أن يجب كمال القيمة.

ولو كان بالجارية سِمَن مفرط[1]، فزال ورجعت[2] إلى حدّ الاعتدال، ولم تنقص قيمتها، لم يلزمه شيء[3]؛ لأنّ السِّمن ليس له بدَلٌ مقدّر، بخلاف الأنثيين.

ويجوز أن يعلم ـ لما ذكرناه ـ قوله: (فعليه كمال قيمته)، بالواو، وكذا قوله: (فلا شيء عليه)، والله أعلم.

قال:

(ولو عادَ الزَّيتُ بالإغلاءِ إلى نصفِه، ضمنَ مِثْلَ نصفه، وإن لم تنقُص القيمة؛ لأنّ له مِثلاً. وكذا في إغلاءِ العصير، وقال ابنُ سُرَيج: لا يُضمَنُ في العصير؛ لأنّ الذاهبَ مائيّـةٌ غيرُ مُتموَّلة، بخلافِ الزَّيت).

إذا غصب زيتاً أو دُهناً فأغلاه، فإما أن تنقص عينه، أو قيمته، أو كلتاهما[4]، أو لا تنقص واحدة منهما.

فإن نقصت عينه دون قيمته، كما إذا غصب صاعين قيمتهما درهمان، فعادا بالإغلاء إلى صاعٍ قيمته درهمان، ففيه وجهان:

---

(١) قوله: (مفرط) سقط من (ط العلمية).

(٢) (ورجعت): في (ز)، وفي غيرها: (ورجع).

(٣) «لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة، ولم ينقص من القيمة شيء، فلم يلزمه شيء». «المهذب» (١٤/ ٢٤١).

(٤) في (ط الفكر): (كليهما)، وفي (ط العلمية): (كلاهما).

أحدهما ـ ويروى عن صاحب «التلخيص» ـ: أنه يردّه ولا غُرم عليه؛ لأن ما فيه من الزّيادة والنقصان يستندان إلى سببٍ واحد، فيجبر النقصان بالزيادة.

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يردّه، ويغرم مثل الصّاع الذّاهب[١]؛ لأنّ للزّيت بدلًا مقدّراً، وهو المثل، فصار كما لو جَنى و[٢] خَصَى العبد، والزّيادة الحاصلة أثرٌ محضٌ لا ينجبر به النقصان، كما لا يستحقّ به الغاصب شيئاً، إذا لم يكن نقصان. وإن نقصت قيمته دون عينه، ردّه مع أرش النقصان. وإن انتقصتا جميعاً، فالواجب عليه مع ردّ الباقي، مثل ما ذهب بالإغلاء، إلّا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع مثل[٣] الذّاهب أرش نقصان الباقي. وإن لم تنقص واحدة منهما، ردّه، ولا شيء عليه.

ولو غصب عصيراً وأغلاه، فهل هو كالزّيت حتّى يضمن مثل الذّاهب، إذا لم تنقص القيمة؟ فيه وجهان[٤]:

أحدهما: نعم، وبه قال أبو عليّ الطَّبَريّ؛ لأنه مضمون بالمثل[٥] كالزّيت.

والثاني: لا، وبه قال ابن سُريج، والفرق: أنّ حلاوة العصير باقية، والذاهب منه[٦] مائية ورطوبة لا قيمة لها[٧]، والذّاهب من الزّيت، زيت متقوّم، وهذا أصحّ

---

(١) وقطع به الماوردي. «الحاوي» (٨/ ٤٨٣).

(٢) قوله: (جنى و) سقط من (ز)، (ظ).

(٣) قوله: (مثل) سقط من (ط العلمية).

(٤) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٨٤)، «المهذب» (١٤/ ٢٤١).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالغلي).

(٦) قوله: (منه) سقط من (ط الفكر).

(٧) من قوله: (والذاهب) إلى هنا سقط من (ز).

في ما[1] ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي الرُّوياني، ومَنْ قال به: قطعَ بأنه لا يضمن مثل العصير الذّاهب.

وإيراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأوّل، ورُبما يقول من رجّحه: الذاهب من الزّيت المائية أيضاً، إلّا أنّ مائيته أقلّ.

وعلى هذا، يعود الوجهان المذكوران في أنه هل يضمن مثل الزّيت الذّاهب إذا لم تنتقص القيمة؟

والخلاف المذكور في ما إذا أغلى العصير، يجري في ما إذا صار خَلًّا وانتقص عينه دون قيمته، وكذا إذا صار الرُّطب تمراً[2]. والله أعلم.

* * *

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (مما).

(٢) وكذا لو غصب لبناً فعمله جبناً، رجع به جبناً، وبنقص إن كان في قيمته، وهل يرجع بنقص مكيلته؟ على الوجهين. «الحاوي» (٨/ ٤٨٤).

قال رحمه الله:

(ولو هَزُلَت الجاريةُ ثم سَمِنَت، أو نسيَ الصَّنعةَ ثُمّ تذَكَّر، أو أبطلَ صَنعةَ الإناءِ ثُمّ أعادَ مثله: ففي حصولُ الـجَبْرِ وجهان. ولو أعادَ صَنعةً أخرى لم ينجبرْ أصلاً).

نقصان المغصوب، هل ينجبر بالكمال بعده؟ ينظر: إن كان الكمال من الوجه الذي حصل فيه النقصان، كما لو هزلت الجارية ثم سمنت، وعادت القيمة[1] كما كانت، ففيه وجهان[2]:

أحدهما: ينجبر ويسقط الغُرم، كما لو أبق العبد ثم عاد، وكما لو جَنى على عينٍ فابيضّت ثم زال البياض.

وأظهرهما: المنع؛ لأنّ السّمن الثاني غير الأوّل. ويُروى هذا عن الإصطخري، والأوّل عن ابن أبي هريرة.

والوجهان عند القاضي أبي الطيّب مبنيان على الخلاف، في ما إذا قلع سنّ كبير فعادت، وضعّفه صاحب «التتمّة»؛ لأنّ عود سنّ الكبير نادر، وعود السّمن ليس بنادر، فهو بعود سنّ الصّغير أشبه.

وأجرى الوجهان في ما إذا كان العبد المغصوب صانعاً، فنسيَ الصنعة ثم تذكّرها أو تعلّمها.

ومنهم من قطع هاهنا بالانجبار؛ لأنّ السّمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة

(١) قوله: (القيمة) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٤٢).

مغـايـرة لما كـان، وتـذكّر الصّنعـة لا يُـعدّ في العُرف شيئاً متجدّداً. والظاهر هاهنا: الانجبار، سواءً ثبت الخلاف أم لا.

ومنهم من قطع في السّمن بعدم الانجبار، وخصّ الخلاف بالصُّورة الثانية، وحكاه في «التهذيب»[1] عن صاحب «التلخيص».

وإذا قلنا بالانجبار، فلو لم تبلغ القيمة بالعائد إلى القيمة الأولى، ضمن ما بقي من النقصان، وانجبر ما وراءه بما عاد.

ويجري الخلاف في ما إذا كسـر الحلي أوالإناء الـمغصوبين، ثم أعاد تلك الصنعة.

ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب[2]: (وجهان)، بالواو؛ للطريقة القاطعة بعدم الانجبار في عود السّمن، وبالانجبار في تذكّر الصنعة.

وإن كـان الكمـال مـن وجهٍ آخـر: بأن نسي صنعةً وتعلّم أخرى، أو أبطل صنعة الإناء وأحدث صنعةً أخرى، فلا انجبار بحال. وعلى هذا، لو تكرّر النقصان وكان الناقص في كلّ مرّة مغايراً بالنوع للناقص في المرّة الأُخرى، ضمن الكلّ، حتّى لو غصب جارية قيمتها فسمنت مئـة، وبلغت الـقيمة ألفاً، وتعلّمت صنعةً فبلغت القيمة[3] ألفين، ثُمّ هزلت ونسيت الصنعة، فعادت قيمتها إلى مئة، يردّها ويغرم ألفاً وتسعمئة.

ولو علّم العبد المغصوب سورةً من القرآن أو حِرفةً فنسيها، ثم علّمه حِرفةً أو سورة أخرى فنسيها أيضاً، ضمنها وإن لم تكن مغايرة، كما إذا علمه سورةً واحدةً أو

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٢٩٩).

(٢) قوله: (في الكتاب) سقط من (ز).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: «للنوع الناقص» (م ع).

حِرفةً واحدةً مراراً، وهو ينساها في كلّ مرّة: فإن قلنا: لا يحصل الانجبار بالعائد، ضمن النقصان كلّ مرّة. وإن قلنا: يحصل ضمن أكثر المرّات نقصاناً، والله أعلم.

فرع:

لو زادت قيمة الجارية بتعلّم الغناء ثُمّ نسيته، نقل القاضي الرُّوياني عن النصّ أنه لا يضمن النقصان؛ لأنه غير محترم[١]، والمضمون الزيادة[٢] المحترمة.

وعن بعض الأصحاب: أنه يغرم[٣]، ولهذا لو قتل عبداً مُغنّياً، يغرم قيمته[٤]، قال: وهو الاختيار.

آخر:

مرض العبد المغصوب، ثُمّ برئ، وزال أثر المرض، لا شيء عليه مع ردّه. وفيه وجهٌ بعيدٌ: أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض، ولا يسقط عنه[٥] بالبُرء. وكذا الحُكم في ما لو ردّه مريضاً، ثم برئ وزال الأثر.

آخر:

غصب شجرةً فتحاتّ ورقها[٦] ثم أورقت، أو شاةً فجزّ صوفها ثُمّ نبت، غرم الأوّل ولا ينجبر بالثاني، بخلاف ما لو سقط سنّ الجارية المغصوبة ثُمّ نبت،

---

(١) في (ز)، (ظ)، (ط العلمية): (لأنه محرّم).

(٢) في (ي)، (ز)، (ظ): (الزيادات).

(٣) (يغرم): في (ز)، وفي غيرها: (يغرمه).

(٤) في (ز)، (ظ): (تمام قيمته).

(٥) قوله: (عنه) سقط من (ظ).

(٦) تحاتّ ورقها: أي سقط عن الغصن وغيره، ويقال تحاتّ الشيء أي تناثر. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب التاء (١/ ٥٣٦) (حتّ).

أو تمعّط[١] شعرها ثم نبت، يحصل الانجبار؛ قال في «التهذيب»[٢]: لأنّ الورق والصُّوف متقوّمان، فيغرمهما، وسنّ الجارية وشعرها غير متقوّمين، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانهما[٣]، وقد زال، والله أعلم بالصّواب.

قال:

(ولو غصبَ عصيراً فصارَ خمراً ضَمِنَ مِثلَ العصير؛ لفَواتِ الماليّة. ولو صارَ خَلًّا فالأصحّ: أنه يُرَدُّ مع أرشِ النُّقصانِ إن كانَ الـخَلُّ أنقصَ قيمة. وقيل: يُغرَّمُ مِثلَ العصيرِ ويُرَدُّ الـخَلّ، وهو[٤] رِزقٌ جديدٌ كالسِّمَنِ العائد: وكذا الخلافُ في البَيضِ إذا تَفرَّخ، والبَذْرِ إذا زُرِع. والأصحّ: الاكتفاءُ به؛ فإنه استحالةٌ إلى زيادة.

ولو غصبَ خمراً فتَخلَّلَ في يدِه، أو جلدَ ميتةٍ فدبَغَه؛ فالأصحّ: أنّ الـخَلَّ (ح) والجلدَ للمغصوبِ منه. وقيل: بل[٥] للغاصب؛ لأنه[٦] حصلَ بفعلِه في ما[٧] لا ماليّةَ للمالكِ فيه).

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (انمعط).

تمعط: مَعِط الشعر مَعَطاً وتمعَّط وامتعط، أي تساقط من داء ونحوه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٧٥) (مَعِطَ)، «الصحاح» باب الطاء، فصل الميم (٣/ ١١٦١) (معط).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٣٠٥).

(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بفقدانها).

(٤) في (ز): (فهو).

(٥) قوله: (بل) سقط من (ز).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإنه).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (مما).

في باقي الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا غصب عصيراً فتخمّر عنده، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير؛ لفوات المالية[١]، وذكروا أنّ على الغاصب إراقة الخمر[٢].

ولو جُعلت محترمة كما لو تخمّرت في يد المالك من غير قصد الخمريّة، لكان جائزاً، ولو تخلّلت في يد الغاصب، فوجهان:

أصحهما: أنّ الخلّ للمالك، وعلى الغاصب أرش النقصان، إن كانت قيمة الخلّ أنقـص.

والثاني: أنه يغرم مثل العصير؛ لأنه بالتخمّر كالتالف، وعلى هذا ففي الخلّ وجهان:

أحدهما: أنه للغاصب، كما لو غصب الخمر، فتخلّلت في يدِه، يكون الخلّ للغاصب على وجه.

وأظهرهما: أنه للمالك[٣]؛ لأنه فرع ملكه، ويجوز أن يكون الخلّ له، ولا يسقط الضمان اللازم قبل التخلّل، كما في السّمن العائد، على أحد الوجهين.

ويجري هذا الخـلاف في ما إذا غصب بيضةً فتفرّخت عنده، أو بذراً فزرعه فنبت وازداد[٤]، أو بزر[٥] قزٍّ، فصار قزّاً: فعلى الأصحّ: الحاصل للمالك[٦]، ولا

---

(١) لأنه بانقلابه خمراً سقطت قيمته، فصار كما لو غصب حيواناً فمات. «المهذب» (١٤/ ٢٤٩).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٠٥).

(٣) وقطع به أبو إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٤/ ٢٤٩).

(٤) قوله: (وازداد) زيادة في (ي)، (ز)، (ظ).

(٥) في (ط العلمية): (بـذر قز). بـزر ـ بـالفتـح والكسـر وهو أفصح ـ: وهـو كـل حب يبذر للنبات. وبزر القز: بيض الدود، مجاز على التشبيه ببزر البقل، لأنه ينبت كالبقل. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الراء (٣/ ٤٠) (بَزَرَ)، «المصباح المنير» (١/ ٤٧) (البزر).

(٦) «لأنه عين ماله» «المهذب» (١٤/ ٢٤٨).

يغرم الغاصب شيئاً إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه؛ لأنّ المغصوب قد عاد إليه زائداً[١].

وعلى الثاني: يغرم المغصوب لهلاكه، والحاصل للمـالك في أظهر الوجهين، وللغاصب في الآخر، وبه قال أبو حنيفة[٢] والـمُـزَنيّ[٣].

ويجوز أن يعلم ـ لما ذكرنا[٤] ـ قوله: (ويَردّ الخلّ)، بالواو.

وقوله: (والأصحّ: الاكتفاء به)، بالحاء والزّاي؛ لأنّ اكتفاء المالك به مفرّع على أنه له، وهما لا يجعلان الحاصل له، ثم الاكتفاء في ما إذا لم يكن الحاصل أنقص[٥]، وهو الغالب.

الثانية: إذا غصب خمراً، فتخلّلت في يده، أو جلد ميتة فدبغه، فوجهان:

أصحّهما: أنّ الخلّ والجلد للمغصوب منه[٦]؛ لأنه فرع ملكه، فعلى هذا إذا تلف في يدِه غرمه.

والثاني: أنهما للغاصب؛ لحصولهما عنده بما ليس بمال[٧].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٠٤).

(٢) هذا عند الحنفية بناءً على أصلهم السابق: أن شرط وجوب الرد: قيام المغصوب في يد الغاصب، فلو هلك في يده، انتقل الحكم من الرد إلى الضمان ويكون المغصوب للغاصب. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٤٨)، «الهداية» (٩/ ٣٣٦).

(٣) «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٤) من قوله: (للمالك في) إلى هنا سقط من (ي).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (نقص).

(٦) وقطع به الماوردي. «الحاوي» (٨/ ٥٢٧).

(٧) في (ز)، (ظ): (مما ليس بمال).

وفي المسألة طريقان آخران:

أحدهما: القطع بأنّ الخلّ للمالك، وتخصيص الوجهين بالجلد؛ لأنّ الجلد صار مالاً بفعله، والخمر تخلّلت بنفسها[١].

والثاني: القطع بأن الجلد للمالك، وتخصيص الوجهين بالخل؛ لأنّ جلد الميتة يُقتنى، والخمر التي غصبها لا يجوز اقتناؤها، فإن كانت الخمر محترمة كانت كجلد الميتة.

وإذا جمعت الطرق واختصرت، قلت: هما للمالك، أو للغاصب، أو الخلّ للمالك والجلد للغاصب، أو بالعكس، فيه أربعة أوجه.

وإذ حكمنا بأنهما[٢] للمالك، فذلك في ما إذا لم يكن المالك معرضاً عن الخمر والجلد. فأما إذا كان قد أراق الخمر أو ألقى جلد[٣] الشاة الميتة، فأخذها أحدٌ، فهل للمعرض استرداد الحاصل؟ فيه وجهان؛ لأنه أبطل اختصاصه بالإلقاء.

وقوله في الكتاب: (فإنه حصل بفعله في ما لا مالية للمالك فيه)، هذا في الجلد ظاهر، وفي الخمر كأنه يعني به الحفظ والإمساك إلى أن تتخلّل[٤]. والله أعلم.

* * *

(١) هذا عند أبي إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٤/ ٢٧٥). وقطع البغوي في المسألتين، بأنه للمغصوب منه. «التهذيب» (٤/ ٣٠٥).

(٢) في (ط الفكر): (بأنها).

(٣) قوله: (جلد) سقط من (ي)، (ز)، (ظ).

(٤) قوله: (إلى أن تتخلّل) سقط من (ز).

قال رحمه الله:

(الفصل[١] الثاني: في الزّيادة

فإذا غصبَ حِنطةً فطحَنَها، أو ثوباً فقصَّرَه أو خاطه، أو طيناً فضربَه لَبِناً، أو شاةً فذبحَها وشَواها: لم يَملِكْ (ح) شيئاً من ذلك، بل يَردُّه على حالِه وأرشَ النقصِ إن نقَص[٢].

وإن غصبَ نُقرةً فصاغَها حُليّاً ردَّها كذلك. ولو كسرَه ضمنَ الصَّنعة، وإن كانت من جهتِه؛ لأنها صارَت تابعةً للنُّقرة. وإن أجبرَه المالكُ على ردِّه إلى النُّقرةِ فله ذلك، ولا يضمنُ أرشَ الصَّنعة، ويضمنُ ما نقصَ مِن قيمةِ أصلِ النُّقرةِ بالكَسْر).

الزيادة في المغصوب، تنقسم إلى آثار محضة، وإلى أعيان:

أما القسم الأول: فالقول الجملي فيه، أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً؛ لتعديه، ثم ينظر: إن لم يمكن ردّه إلى الحالة الأولى، ردّه بحاله وأرش النقص إن[٣] نقصت قيمته.

وإن أمكن ردّه إلى الحالة الأولى، فإن رضي به المالك، لم يكن للغاصب ردّه إلى ما كان، وعليه أرش النقص إن كان فيه[٤] نقص، إلا أن يكون له غرض في الردّ إلى الحالة الأولى فله الردّ. وإن ألزمه الردّ إلى الحالة الأولى، لزِمَه ذلك وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة.

---

(١) قوله: (الفصل) سقط من (ط الفكر).

(٢) قوله: (إن نقص) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإن).

(٤) في (ز): (إن دخله).

إذا تقرّر ذلك، فمن صور هذا القسم: طحن الحنطة، وقصارة الثوب، وخياطته، وضرب الطين لبناً، وذبح الشاة وشيّها، ولا يملك الغاصب المغصوب بشيءٍ من هذه التصرّفات، بل يردّها مع أرش النقص إن نقصت القيمة[١]. وقد ذكرنا خلاف أبي حنيفة فيه[٢].

وإنما تكون الخياطة من هذا القسم إذا خاط بخيط للمالك[٣]، أما إذا كان الخيط للغاصب، فستأتي نظائره.

ثُمّ[٤] في الطحن والقصارة والذبح والشيّ، لا يمكن الردّ إلى ما كان، وكذا في شقّ الثوب وكسر الإناء.

ولا يجبر على رفو[٥] الثوب، وإصلاح الإناء؛ لأنه لا يعود إلى ما كان بالرفو[٦] والإصلاح، وعن مالك[٧]: أنه يجبر عليهما، كما في تسوية الحفر.

ولو غزل القطن المغصوب[٨]: ردّ الغزل وأرش النقص إن نقص، ولو نسج

---

(١) «ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله، لأنه عمل تبرع به في ملك غيره». «المهذب» (١٤/ ٢٤٩)، انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٥).

(٢) قوله: (فيه) زيادة في (ز)، (ظ).

(٣) في (ز): (للمالك)، وفي غيرها: (المالك).

(٤) قوله: (ثمّ) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) في (ي)، (ظ): (رفاء)، وفي (ز): (رفوء).
يقال: رفا الثوب يرفوه رفواً، أصلحه وضم بعضه إلى بعض، يهمز ولا يهمز. انظر: «تاج العروس» فصل الراء، باب الواو والياء (١٠/ ١٥٤) (رفا).

(٦) في (ي)، (ظ)، (ط الفكر): (بالرفاء)، وفي (ز): (بالرفؤ).

(٧) «التاج والإكليل» (٥/ ٢٩٣).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٥).

الغزل المغصوب، فالكرباس[١] للمالك مع أرش النقص[٢] إن فرض نقص، وليس للمالك إجباره على نقضه إن كان لا يمكن ردّه إلى الحالة الأولى ونسجه ثانياً، وإن أمكن كالخز[٣] فله إجباره عليه.

فإن نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الأصل غرمه، ولا يغرم ما كان قد زاد بالنسج، وفات بالنقض؛ لأنّ المالك أمره بذلك.

فإن نقض من غير إذن المالك، ضمنه أيضاً.

ولو غصب نقرة وضربها دراهم[٤]، أو صاغ منها حُليّاً، أو غصب نحاساً أو زجاجاً واتخذ منه إناء، فإن رضي المالك به[٥] ردّه كذلك، ولم يكن له ردّه إلى الحالة الأولى إلا أن يكون ضرب الدراهم بغير إذن السلطان، أو على غير عياره؛ لأنه حينئذ يخاف التغرير.

وحيث منع من الردّ إلى ما كان فخالف، غرم للنقصان الحاصل بزوال الصنعة الحاصلة عند الغصب.

ولو أجبره المالك على ردّه إلى ما كان لزِمه للردّ، فإذا امتثل لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة، لكن لو نقص عمّا كان بما طرأ أو زال، غرمه[٦].

---

(١) الكرباس ـ بالكسر ـ: ثوب من القطن الأبيض، معرب فارسيته بالفتح. وقيل: هي ثياب خشنة. انظر: «تاج العروس» فصل الكاف، باب السين (الكِرباس)، «الصحاح» باب السين، فصل الكاف (٣/ ٩٧٠) (كربس).

(٢) قوله: (مع أرش النقص) سقط من (ز).

(٣) الخز: اسم دابة، ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها. أو هو ما يُنسج من صوف وإبريسم. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٦٨) (الخز)، «تاج العروس» فصل الخاء، باب الزاي (٤/ ٣٣) (خزّ).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٥).

(٥) قوله: (به) سقط من (ط العلمية).

(٦) من قوله: (وحيث منع) إلى هنا سقط من (ي)، (ز)، (ظ)، (ط الفكر).

قال:

(ولو غصَب ثوباً قيمته عشرة، وصبَغَه بصِبغٍ قيمتُه عشرة، فصارَت قيمةُ الثوبِ عشرين؛ فهما شريكان، فيُباعُ ويُقسَمُ الثمنُ بينَهما، فإن وُجِدَ زَبونٌ يشتري بثلاثينَ صُرِفَ إلى كلِّ واحدٍ خمسةَ عشر. وإن عادَ الثوبُ إلى خمسةَ عشرَ بالصِّبغ حُسِبَ[1] النُّقصانُ على الصِّبغ. وإن عادَ إلى ثمانيةٍ ضاعَ الصِّبغُ وغَرِمَ الغاصبُ درهمَين.

وكذا القولُ في ثُبوتِ الشَّرِكةِ إذا طيَّـرَت الرّيحُ الثوبَ إلى إجّانةِ[2] صَبّاغ، أو صبغَ الثوبَ المغصوبَ بصبغٍ مغصوبٍ من غيرِه.

فإن قَبِلَ الصِّبغُ الفَصْلَ أُجبِرَ الغاصبُ على فصلِه كما يُجبَرُ على قلعِ الزرعِ والغِراسِ والبناءِ وإن نقصَ زرعُه به. وقال ابنُ سُرَيج: لا يُجبَرُ على فصلِ الصِّبغِ إن كان يضيعُ بالفصلِ، أو لا تفي قيمتُه بما يحدثُ في الثوبِ من نُقصانٍ بسببِ الفصلِ.

ومهما طولبَ بالفصلِ وكان يستضرُّ به؛ فلو تركَه على المالك أُجبِرَ على قَبولِه في وجه، كالنَّعْلِ في الدابّةِ المردودةِ بالعَيب. وإن لم يكنْ عليه ضررٌ لم يكنْ له الإجبارُ على القَبول. ولو بذلَ المالكُ قيمةَ الصِّبغِ لم يكنْ له أن يَتملَّكَ عليه؛ فإنّ بَيْعَ[3] الثوبِ للخَلاصِ من الشِرَّكةِ سهل، بخلافِ الـمُعير يتَملَّكُ بناءَ الـمُستعيرِ ببدل؛ لأنّ بيعَ العَقارِ عسير. ومهما رَغِبَ

---

(١) في (ز): (حصل).

(٢) إجّانة ـ بالتشديد وكسر الهمزة ـ: إناء يُغسل فيه الثياب، والجمع أجاجين. انظر: «المصباح المنير»: كتاب الألف (١/ ٦) (أَجَن).

(٣) قوله: (فإنّ بيع) سقط من (ط العلمية).

المالكُ في بيعِ الثوبِ أُجبِرَ الغاصبُ على بيعِ الصِّبغِ؛ ليصلَ كلُّ واحدٍ إلى الثَّمن. فإن رَغِبَ الغاصبُ ففي إجبارِ المالكِ وجهان).

القسم الثاني: الأعيان، فمن صوره صبغ الثوب المغصوب، ونقدّم عليه صورتين مقصودتين في نفسهما، ويُحتاجُ إليهما في مسألة الصّبغ:

إحداهما: إذا غصب أرضاً، وبنى فيها أو غرسَ أو زرع، كان لصاحب الأرض أن يكلّفه القلع[(١)]، قال ﷺ: «ليس لعرقٍ ظالمٍ حقّ»[(٢)].

وعن أحمد[(٣)]: أنه لا يكلف قلع الزّرع مجاناً؛ لأنّ له غاية تنتظر، ولكن يخيّر[(٤)] صاحب الأرض بين أن يبقيه بأُجرة، وبين أن يتملّكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله.

ولو أراد الغاصب القلع، لم يكن للمالك منعه، فإنه عين ماله، وإذا قلع فعليه الأجرة، وفي وجوب التسوية أو الأرش[(٥)] ما قدمناه في نقل التراب.

---

(١) قال الشافعي: «فعليه أن يقلع غرسه، ويرد ما نقصت الأرض». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٦).

(٢) أخرجه أبو داود من طريق سعيد بن زيد، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات (٣/ ١٧٨) (٣٠٧٣). وأخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذُكر في إحياء أرض الموات (٢/ ٤١٩) (١٣٩٤)، وقال: «هذا حديث حسن غريب».
وأخرجه البخاري معلقاً عن عمرو بن عوف بلفظ: «وليس لعرقٍ ظالمٍ فيه حق»، كتاب الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً (٥/ ١٨). قال ابن حجر: «ولحديث عمرو بن عوف المعلق شاهد قوي أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد» «فتح الباري» (٥/ ١٩). انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٤) (١٢٧٠).

(٣) هذا عند الحنابلة، لأنه من الممكن الجمع بين الحقين بغير إتلاف. انظر: «الكافي» (٢/ ٣٩٩-٤٠٠)، «الإنصاف» (٦/ ١٣١).

(٤) في (ي)، (ز)، (ظ): (يتخير).

(٥) في (ز): (التسوية له والأرش).

وإن نقصت الأرض لطول مدّة الغِراس، فيجمع بين أجرة المثل وأرش النقص، أو لا يجب إلا أكثرهما؟ فيه الخلاف المذكور في ما إذا أبلى الثوب بالاستعمال.

ولو أراد صاحب الأرض أن يتملّك البناء أو الغراس بالقيمة، أو تبقيتهما، أو الزّرع بالأجرة، فهل على الغاصب إجابته؟ قال في «التتمّة»: فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالمستعير وبل أولى، فإنّ الغاصب متعدٍّ.

وأظهرهما: لا[١]؛ لتمكّنه من القلع بلا غرامة[٢]، بخلاف المعير، وهذا ما ذكره الإمام[٣] حكايةً عن القاضي الحسين.

ولو غصب من رجلٍ أرضاً وبِذراً وزرعها به، فللمالك أن يكلّفه إخراج البذر من الأرض، ويغرّمه أرش النقصان، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به[٤] المالك.

[الصورة] الثانية: إذا زَوّقَ[٥] الدار المغصوبة[٦]، نظر: إن كان بحيث لو نزع حصل منه شيء: فللمالك إجباره على النزع[٧]. وإن تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع، هل يجبر المالك على قبوله؟ فيه وجهان نشرحهما في مسألة الصبغ.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المنع).

(٢) قال الماوردي: «لا يُجبر على أخذ قيمتها سواء أضر قلعها بالأرض أم لا». «الحاوي» (٨/ ٤٥٦).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٥٧).

(٤) قوله: (به) سقط من (ط الفكر).

(٥) زوّق: التزويق: التزيين والتحسين. وأصله من الزوْق وهو الزئبق، لأنه يُجعل مع الذهب ويطلى به، فيقال: المزوق المزين بالزئبق، ثم كثر حتى سمي كل مزين بشيء مزوقاً وإن لم يكن فيه زئبق. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب القاف (٦/ ٣٧٤) (زوّق)، «المصباح المنير» كتاب الزاي (١/ ٢٦٠) (زوّقته).

(٦) قوله: (المغصوبة) سقط من (ي).

(٧) «سواء كانت لذلك التزويق قيمة أم لم يكن». «التهذيب» (٤/ ٣٢٤).

ولو أراد الغاصب نزعه فله ذلك؛ لأنه عين ماله، ولا فرق بين أن يكون للمنزوع قيمة، أو لا يكون. فإذا نزع، فنقصت الدار عما كانت قبل التزويق، لزمه الأرش.

وإن كان التزويق محض تمويه، لا يحصل منه عيب لو نزع: فليس للغاصب النزع إن[١] رضي المالك، وهل له إجباره عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته.

والثاني: لا؛ كما في الثوب إذا قصّره. وقال في «التهذيب»[٢]: وهو الأصحّ.

إذا عرفت ذلك، عُدنا إلى الصبغ، وقلنا: للصبغ الذي يصبغ به الثوب المغصوب[٣] أحوال:

الحالة الأولى[٤]: أن يكون للغاصب[٥]، فينظر: إن كان الحاصل تمويهاً محضاً، فالحكم على ما ذكرنا في التزويق.

وإن حصل بالانصباغ عين مالٍ[٦] فيه، فإما إلاّ يمكن فصله عنه، أو يمكن.

القسم الأول: إذا لم يمكن فصله عنه[٧]: فعن صاحب «التقريب» حكاية قول عن القديم: أنه يفوز به صاحب الثوب؛ تشبيهاً له[٨] بالسّمن.

(١) في (ي): (وإن).
(٢) «التهذيب» (٤/ ٣٢٤).
(٣) قوله: (المغصوب) سقط من (ي)، (ط الفكر).
(٤) قوله: (الحالة الأولى) سقط من (ط الفكر)، ولفظة (الحالة) وحدها سقطت من (ي).
(٥) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٧٣).
(٦) في (ظ): (ماله).
(٧) من قوله: (أو يمكن) إلى هنا سقط من (ظ).
(٨) قوله: (له) سقط من (ز).

والمذهب المشهور: أنه ليس كذلك[1]، لكن قضية الشركة بين المالك والغاصب؛ لأنه عين مال له، انضمّ إلى ملك المغصوب منه، بخلاف السمن، وبخلاف القصارة والطحن ونحوهما فإنها آثار محضة، وحينئذ ينظر: إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ، كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة، وهو يساوي بعد الصبغ عشرين، فهو بينهما[2] بالسوية، حتى لو وجدا راغباً، باعاه منه بثلاثين، فهي بينهما.

وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمتهما، بأن عاد الثوب مصبوغاً[3] ـ التصوير كما سبق ـ إلى خمسة عشرة: أطلق الأكثرون بأن النقصان محسوب من الصبغ؛ لأنّ الأصل هو الثوب، والصبغ وإن كان عيناً كالصفة التابعة للثوب، فيكون الثوب المصبوغ بينهما أثلاثاً، الثلثان للمغصوب منه، والثلث للغاصب[4].

وفي «الشّامل» و«التتمّة»: أنه إن كان النقصان لانخفاض سوق الثياب، فالنقصان محسوب من الثوب[5]، وإن كان لانخفاض سوق الأصباغ، فمن الصبغ، وكذا لو كان النقصان بسبب العمل؛ لأنّ صاحب الصبغ هو الذي عمل، ويمكن أن يكون إطلاق من أطلق، منزّلاً على هذا التفصيل.

وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة، انمحق الصبغ، ولا حقّ فيه للغاصب.

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (ليس له ذلك).

(٢) في (ط العلمية): (باعاه منه بثلاثين إلى كل واحد خمسة عشرة، وإن عادت قيمة الثوب المصبوغ فهي بينهما).

(٣) من قوله: (عن قيمتهما) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٦).

(٥) في (ز): (الثمن).

وإن تراجعت القيمة، وكان الثوب مصبوغاً يساوي ثمانية، فقد ضاع الصبغ، ونقص من الثوب درهمان، فيردّه مع درهمين.

وإن زادت قيمة الثوب مصبوغاً عن قيمتها قبل الصبغ، بأن بلغت ثلاثين في الصورة المذكورة:

فمن أطلق الجواب في طرف النقصان، أطلق القول هاهنا بأنّ الزيادة بينهما على نسبة ماليهما[١].

ومَنْ فصّل، قال: إن كان ذلك لارتفاع سوق الثياب، فالزّيادة لصاحب الثوب، وإن كان لارتفاع سوق الأصباغ، فهي للغاصب، وإن كان للعمل والصنعة، فهي بينهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما قد زاد بالصنعة، والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلّم للمغصوب منه[٢].

القسم الثاني: إذا أمكن فصله من[٣] الثوب: فعن صاحب «التقريب» ـ نقلًا عن القديم ـ: أنه إن كان المفصول لا قيمة له، فهو كالسّمن. والمذهب أنه ليس كالسّمن؛ وأنه لا يفوز به المغصوب منه[٤]. وهل يملك إجبار الغاصب على فصله؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يملك إجباره على إخراج الغِراس[٥]، ويُحكى هذا عن ابن خيران، وأبي إسحاق[٦] في «الزّيادات على الشّرح».

---

(١) «لأن الزيادة حصلت في ملكهما». «التهذيب» (٤/ ٣٢٦).

(٢) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٧٣ - ٤٧٤)، «المهذب» (١٤/ ٢٦٢ - ٢٦٣)، «التهذيب» (٤/ ٣٢٦).

(٣) كذا في (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ي)، (ز)، (ظ): (عن).

(٤) قال الشافعي: «فإن مُحق الصبغ فلم تكن له قيمة، قيل: ليس لك هاهنا مال يزيد، فإن شئت فاستخرجه وأنت ضامن لنقصان الثوب، وإن شئت فدعه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٥) «لأنه عرق ظالم لا حق له فيه». «المهذب» (١٤/ ٢٦٣).

(٦) انظر: «المرجع السابق» (الصفحة نفسها).

والثاني: لا[1]، وبه قال ابن سُريجٍ[2]؛ لما فيه من الضرر، بخلاف الغِراس، فإنه لا يضيع بالإخراج، ولأن الأرض بالقلع تعود إلى ما كانت، والثوب لا يعود، ولأنّ الأشجار تنتشر عروقها وأغصانها، فيخاف ضررها في المستقبل[3]، وهذا أظهر عند أصحابنا العراقيين.

وقال صاحب «التهذيب»[4] وطائفة: الأوّل أصحّ[5]، وكذا ذكر الإمام[6]، وحكى قطع المراوزة به وأنّ موضع الوجهين: ما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بيّناً[7]، وذلك قد يكون لضياع المنفصل بالكلية، وقد يكون لحقارته بالإضافة إلى قيمة الصبغ.

ومن جملة الضياع: أن يحصل في الثوب نقصان بسبب الفصل، لا يفي بأرشه قيمة المفصول.

ولو رضي المغصوب منه بإبقاء الصبغ، وأراد الغاصب فصله، فله ذلك إن لم ينقص الثوب. وإن انتقص: قال الإمام[8]: يبنى على الخلاف في أن المغصوب منه هل يجبره على الفصل؟ إن قلنا: لا، لم يفصله. وإن قلنا: نعم، فله ذلك، وهو الأظهر[9]، ويُحكى الأول عن أبي الطَّيِّب بن سلمة.

---

(١) قوله: (لا) سقط من (ظ).

(٢) وهو اختيار أبي حامد أيضاً. «الحاوي» (٨/ ٤٧٦).

(٣) ولأن لصاحب الثوب أن يستوفي حقه بالبيع دون أن يتلف مال الغير. انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٦٣)، «الحاوي» (٨/ ٤٧٦).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٣٢٥).

(٥) وكذا صححه الماوردي. «الحاوي» (٨/ ٤٧٦).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٥١-٢٥٢).

(٧) في (ز)، (ظ): (مبيناً).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٥٢-٢٥٣).

(٩) قال الماوردي: «للغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه، لأنها عين فَمَلِكَها، والأعيان =

وإن تراضيا على ترك الصبغ بحاله، فهما شريكان، وكيفية الشركة كما بينا في القسم الأول.

ثُمّ الكلام في فروع:

أحدها: لو ترك الغاصب الصبغ على المالك، ففي إجباره على القبول وجهان:

وجه الإجبار: صيرورة الصبغ[1] كالصفة التابعة للثوب[2]. وأيضاً: فإنّ المشتري إذا أنعل الدابة، ثم اطلع على عيبها فردّها مع النعل، لمكان تعيُّبها لو نزع النعل، يُجبر البائع على القبول. ووجه المنع: القياس الظاهر[3]، ويدلّ عليه: أنه لا يجبر على قبول البناء والغِراس إذا تركه الغاصب. وذكر القاضي الروياني: أن الأول ظاهر المذهب.

لكن الثاني أقيس وأشبه[4]، ويخالف مسألة النعل؛ لأن الغاصب متعدٍّ، والمشتري غير متعدٍّ، على أنه لو ألحق بما إذا صبغ المشتري الثوب، بما زاد في قيمته، ثم اطلع على عيبه، فرده مسامحاً بالصبغ، لكان أقرب؛ لما مَرّ من أنّ الصبغ يصير ملكاً للبائع.

= المملوكة لا يُقهر ملاكها عليها، لعدم المنفعة». «الحاوي» (٨/ ٤٧٥). وقطع به في «المهذب» (١٤/ ٢٦٣).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (صيرورته).

(٢) كقصارة الثوب، وكالزيادة المتصلة غير المتميزة مثل الطول والسمن. انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٦٤)، «الحاوي» (٨/ ٤٧٦).

(٣) كما لو زوّق داراً غصبها. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٥). ولأن في تركه هبة عين، ولا يلزم رب الثوب قبولها. انظر: «الحاوي» (٨/ ٢٤٧٦)، «المهذب» (١٤/ ٢٦٤).

(٤) أقيس، حيث علة القياس فيه أقوى. وأشبه، حيث يلتحق بحكم الأصل الذي يشبهه في الصورة.

فأما في مسألة النعل، فإنه يجبر على قبول الدابة[١]، وفي دخول النعل في ملكه اختلاف مذكور في موضعه[٢].

وذكر الإمام[٣] في الفرع شيئين: أحدهما: أن في موضع الوجهين طريقين:

أحدهما: أنهما مطردان في ما إذا أمكن فصل الصبغ، وفي ما إذا لم يمكن.

وأظهرهما: التخصيص بما إذا أمكن، وقلنا إن الغاصب يُجبر على الفصل، وإلّا فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول[٤] الهبة من الآخر. وعلى هذا فطريقان:

أحدهما: أنّ الوجهين في ما إذا كان يتضرّر بالفصل، إما لما يناله من التعب، أو لأنّ المفصول يضيع كله أو معظمه، فإن لم يكن كذلك لم يلزم القبول بحال.

والثاني: أنّ الوجهين في ما إذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصاناً لا يفي بأرشه قيمة[٥] الصبغ المفصول، فإن وَفّى، لم يلزمه القبول بحال[٦]، وإن تعيّب أو ضاع معظم المفصول.

والثاني: أنا[٧] إذا قلنا بلزوم القبول على المغصوب منه، فلا حاجة إلى تلفّظه بالقبول.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (النعل).

(٢) لو كان نزع النعل يعيّب الحافر، يبطل حق المشتري من الرد والأرش، ولو ردها مع النعل أُجبر البائع على القبول، وليس للمشتري طلب قيمة النعل.
وهل ترك النعل تمليك من المشتري أو إعراض؟ الأشبه: الثاني، فلو سقط النعل فهو للمشتري.
انظر ما سلف (٦/ ٢٠٩-٢١٠).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٥١-٢٥٢).

(٤) قوله: (قبول) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بأرش قيمته).

(٦) قوله: (بحال) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) قوله: (أنا) زيادة في (ز).

وأما من جهة الغاصب، فلا بد من لفظٍ يُشعر بقطع الحقّ، كقوله: «أعرضت عنه»، أو «تركته إليه»[(١)]، أو «أبرأته عن حقّي»، أو «أسقطته». قال: ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعِر بالتمليك.

[الفرع] الثاني: لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ، وأراد أن يتملّكه على الغاصب، هل يجاب إليه: فيه وجهان ـ سواء كان الصبغ مما يمكن فصله، أو مما لا يمكن ـ:

أحدهما: نعم، ويجبر الغاصب على قبوله؛ لينفصل الأمر بينهما، وقد شُبّه ذلك بما إذا رجع المعير، وقد بنى المستعير، أو غرس، فإن له أن يتملكه عليه بالقيمة، وبهذا قال أبو حنيفة[(٢)].

وأظهرهما[(٣)] ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: المنع، ويفارق مسألة العارية؛ لأنّ المعير لا يتمكن من القلع مجّاناً، فكان محتاجاً إلى التملّك[(٤)] بالقيمة، وهاهنا بخلافه، وأيضاً: فإنّ بيع العقار عسير، وبيع الثوب سهل، وبه يحصل الخلاص من الشّركة.

وفي «التتمّة»: أنه إن كان الصبغ بحيث لو فُصل حصل منه شيء ينتفع به، ففي تملك المغصوب منه الوجهان المذكوران في الغِراس والبناء. وإن كان لا يحصل منه شيء، فله تملكه لا محالة، فيتولد من هذا وجه ثالث فارق.

---

(١) في (ز): (له).

(٢) عند الحنفية: أن المغصوب بالخيار بين أن يأخذ الثوب ويضمن الصبغ للغاصب، أو يضمّن الغاصب قيمة ثوب غير مصبوغ. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٧٩ – ١٨٠)، «المبسوط» (١١/ ٨٤).

(٣) وقطع به أبو إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٤/ ٢٦٣). وكذا قطع به الغزالي في «الوسيط» (٣/ ٤١٢).

(٤) كذا في (ي)، (ظ)، وفي غيرهما: (التمليك).

[الفرع] الثالث: متى اشتركا في الثوب المصبوغ، فهل لأحدهما الانفراد ببيع ما يملكه منه؟ جعله الإمام[(١)] على الوجهين في بيع دار لا مَمَرَّ لها؛ لأنه لا يتأتى الانتفاع بأحدهما دون الآخر. والأظهر: المنع.

فلو رغب مالك الثوب في البيع، ففي «المهذّب»[(٢)] و«التهذيب»[(٣)]: أنه يباع، ويجبر الغاصب على موافقته. ووجهه: أن المالك إن لم يتمكن من بيع الثوب وحده، فامتناع الغاصب منع له من بيع ماله، وإن تمكن فلا شك في عسر البيع عليه لقلة الراغبين فيه، والغاصب متعدٍّ، فليس له الإضرار بالمالك بالمنع من البيع وتعسيره[(٤)].

وإن رغب الغاصب في البيع، ففي إجبار المالك على موافقته وجهان[(٥)]:

أحدهما: يجبر؛ تسوية بين الشريكين، ليصل كلّ واحدٍ منها إلى ثمن[(٦)] ملكه.

وأظهرهما: المنع؛ كي لا يستحقّ المتعدّي بتعدّيه إزالة ملك غير المتعدّي.

وفي «النهاية»[(٧)]: أنّ واحداً منهما لا يجبر على موافقة الآخر، على قياس الشركة في الأموال.

الحالة الثانية: أن يكون الصبغ مغصوباً من غير[(٨)] مالك الثوب[(٩)]: فإن لم

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٥١).

(٢) «المهذب» (١٤/ ٢٦٣).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٢٦).

(٤) في (ي)، (ز)، (ظ): (أو تعسيره).

(٥) أطلقهما في «المهذب» (١٤/ ٢٦٣)، و«التهذيب» (٤/ ٣٢٦).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (عين).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٥٥).

(٨) قوله: (غير) سقط من (ط العلمية).

(٩) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (الثوب، أيضاً).

يحدث بفعله نقصان، فلا غرم على الغاصب، وهما شريكان في الثوب المصبوغ، كما سبق في الغاصب والمالك.

وإن حدث، نُظر: إن كانت قيمته مصبوغاً عشرة، والتصوير كما تقدم[١]، فهو لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر. وإن كانت قيمته خمسة عشر، فقد[٢] روى صاحب «التهذيب»[٣]: أن الثوب بينهما بالسوية، ويرجعان على الغاصب بخمسة[٤]. قال: والقياس أن يكون بينهما أثلاثاً، كما[٥] مرّ في الحالة الأولى[٦]. وهذا ما نقله غيره، وهو الحق.

فإن كان مما يمكن فصله، فلهما تكليف الغاصب الفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما عما[٧] كان قبل الصبغ، غرمه الغاصب، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل، أيضاً إذا قلنا: إن المالك يجبر الغاصب على الفصل في الحالة الأولى، وهذا إذا حصل بالانصباغ عين مال في الثوب، فإن لم يحصل إلّا تمويه[٨]، فالحكم على ما بينا في التزويق.

---

(١) أي قيمة الثوب غير مصبوغ عشرة، وقيمة الصبغ عشرة.

(٢) قوله: (فقد) زيادة في (ز).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٢٧).

(٤) وكذا ذكره الماوردي في «الحاوي» (٨/ ٤٧٨).

(٥) في (ي)، (ز)، (ظ): (على ما).

(٦) أي لصاحب الثوب الثلثان (وهو عشرة)، ولصاحب الصبغ الثلث (وهو خمسة).
ولعل الاختلاف بين الحالتين في الحكم بسبب أن صاحب الصبغ في الحالة الثانية أجنبي، فهو متعدًّى عليه كصاحب الثوب، فدخل النقص على الاثنين، ويرجعان على الغاصب بما نقص.

(٧) قوله: (كما) سقط من (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ظ): (فما).

(٨) التمويه: من قولهم موَّهت الشيء: طليته بماء الذهب والفضة. «المصباح المنير» كتاب الميم (٢/ ٥٨٧) (ماء).

ويقاس بما ذكرنا في الحالتين: ثبوت الشركة في ما إذا طيرت الريح ثوب إنسان في إجَّانة صباغ، فانصبغ، لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم، إن حصل نقص في أحدهما؛ إذ لا تعدّي، ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة، فعلى ما تقدّم.

الحالة الثالثة: أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً: فإن لم يحدث بفعله نقصان، فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب، ولا شيء له إن زادت القيمة؛ لأن الموجود منه أثر محض. وإن حدث بفعله نقصان غرم الأرش، وإن أمكن الفصل، فللمالك إجباره عليه، وليس للغاصب الفصل؛ إذا رضي المالك[1].

واعلم أنَ المذكور في الكتاب هو الحالة الأولى، وفي أثنائها تعرّض للثانية.

وقوله في أول الفصل: (فهما شريكان)، يجوز إعلامه بالواو؛ لما حكى عن القديم من تنزيله منزلة السّمن.

وقوله: (فيباع)، ليس المراد منه البيع القهري، وإنما الغرض هاهنا أنه إذا بيع كان الثمن بينهما، كما كان الثوب مشتركاً بينهما.

ثم إن رضيا بالبيع فذاك، وإلا فهل يجبر أحدهما الآخر؟ فيه ما قد عرفته.

وقوله: (وإن عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصبغ)، يمكن أن يفهم من قوله: (بالصبغ)، الاحتراز عما إذا كان النقصان بسبب تراجع الأسواق،

---

(١) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٧٧).

فإنّ النقصان حينئذ لا يحسب من الصبغ إذا كان التراجع في الثياب، على ما حكيناه عن «الشّامل» و«التتمّة».

وقوله: (وكذا القول في ثبوت الشركة إذا طيّر الرّيح الثوب)، إنما قال: (في ثبوت الشركة)، ولم يقل: وكذا القول فيما إذا طيّر الرّيح الثوب؛ لأنّ الصُّورتين اللتين ذكرهما ليستا كما إذا صبغ الثوب المغصوب(١) بصبغ نفسه في جميع الأحكام المذكورة، إذْ لو رجع الثوب مصبوغاً إلى ثمانية، لا يغرم صاحب الإجَّانة شيئاً بحال(٢)، وإنما الصورتان كتلك الصورة في ثبوت الشّركة فيهما، حيث ثبتت الشّركة فيهما.

ويجوز أن يعلم بالواو؛ لأنّ قياس القول القديم: أن يفوز صاحب الثوب بالصبغ في الصورتين، ولا تثبت الشركة.

وقوله: (كما يجبر على قلع الزّرع والغِراس والبناء وإن نقص زرعه به)، أشار بقوله: (وإن نقص زرعه به(٣))، إلى أنه لا عبرة بما يعرض في الصبغ من ضرر، بسبب انتشاره وتبدده(٤)، كما لا عبرة بنقصان الزّرع.

وقوله: (ومهما طولب بالفصل، وكان يستضرُّ به)، وقوله بعد ذلك: (وإن لم يكن عليه ضرر لم يكن له الإجبار على القبول)، جواب على طريقة تخصيص الوجهين بما إذا تضرّر بالفصل، وقد بيَّنا ما فيه من الاختلاف.

---

(١) كذا في (ز)، (ظ)، وفي غيرهما: (المصبوغ).

(٢) قوله: (بحال) سقط من (ط الفكر).

(٣) قوله: (به) سقط من (ظ).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وتمدده).

فيجوز إعلام قوله: (لم يكن له الإجبار)، بالواو. وقوله: (لم يكن له أن يتملك)، معلم بالحاء والواو. وقوله: (أجبر الغاصب على بيع الصبغ)، بالواو؛ لما حكيناه عن «النهاية»[١].

فرع:

إذا كان الصبغ للغاصب، وقيمته عشرة، وقيمة الثوب عشرة، وبلغت قيمته مصبوغاً ثلاثين، ففصل الغاصب الصبغ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة، لزمه ما نقص عن عشرة، وكذا ما نقص عن خمسة عشر إن فصل بغير إذن المالك وطلبه[٢].

وإن فصل بإذنه: لم يلزمه إلّا نقصان العشرة. وإن[٣] عادت قيمته مصبوغاً إلى عشرة؛ لتراجع الأسواق، وكان التراجع في الثياب والأصباغ على وتيرةٍ واحدة، فالثوب بالسوية بينهما كما كان، والنقصان داخل عليهما جميعاً، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع ردّ العين.

نعم، لو فصل الصبغ بعد تراجع القيمة إلى عشرة[٤]، فصار الثوب يساوي أربعة دراهم، غرم ما نقص، وهو خمس الثوب بأقصى القيم. والمعتبر في الأقصى: خمسة عشر إن فصل بنفسه، وعشرة إن فصل بطلب المالك له[٥]، والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٤٩).

(٢) لم يذكر الماوردي هذا القيد. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٧٦).

(٣) في (ز)، (ظ): (لو).

(٤) قوله: (إلى عشرة) سقط من (ز).

(٥) قوله: (له) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

قال:

(وإذا غصبَ زيتاً وخلطَه بزيتِه؛ فالنَّص أنه كالإهلاك؛ فيضمنُ المِثْلَ مِن أينَ شاء. وتخريجُ الأصحاب: أن لا ضمان؛ لأنه[1] لو خلطه بمِثْلِه فهو مشْترك، وإن خلطَه بالأجوَدِ أو بالأردأ فقولان؛ إن قلنا: إنه هالك، غرِمَ مثْلَه مِن أينَ شاء، وإن قلْنا: إنه[2] مشتَرك؛ فيُباعُ الكلُّ ويُوزَّعُ على نسبةِ القيمة، ولا يقسَّمُ الزَّيْتُ (و) بعينِه على تفاوتٍ فيُؤدِّيَ إلى الرِّبا.

وخلطُ الدَّقيقِ بالدَّقيقِ كخلْطِ الزَّيْتِ بالزَّيْت. وخلطُ الزَّيْت بالشَّيْرجِ أولى بجعلِه إهلاكاً. وخلطُ الحنطةِ بالشَّعيرِ ليسَ بإهلاك؛ بل يلزمُه الفصلُ بالالتقَاط).

إذا خلط المغصوب[3] بغيره، لم يخل: إما أن يتعذّر التمييز بينهما أو لا يتعذّر، إن تعذّر، فإما أن يكون ذلك الغير من جنسه أو لا يكون.

إن كان من جنسه، كالزيت والزيت والحنطة والحنطة، نظر: إن خلطه بأجود من المغصوب، فالنصّ[4] أنه كما لو هلك؛ حتى يتمكّن الغاصب من أن يعطيه

---

(١) في (ز): (لا ضمان فيه فإنه).

(٢) قوله: (إنه) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الزيت المغصوب).

(٤) قال الشافعي: «ولو كان زيتاً فخلطه بمثله أو خير منه، فإن شاء أعطاه من هذا مكيلته، وإن شاء أعطاه مثل زيته». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

قدر حقّه من غير المخلوط، ونصّ في التفليس[١] في ما إذا خلطه بالأجود، ثم أفلس[٢] على قولين[٣]:

أحدهما: هذا؛ حتى لا يكون للبائع إلّا المضاربة بالثمن.

والثاني: أنهما شريكان في المخلوط، ويرجع البائع إلى حقّه منه، واختلف الأصحاب على طريقين:

أظهرهما: إثبات القولين في الغصب أيضاً[٤]: وجه جعله هالكاً تعذّر ردّه والوصول إليه. وأيضاً: فإن قلنا بالشّركة لاحتجنا إلى البيع وقسمة الثمن بينهما كما سيأتي، فلا يصل المالك إلى عين حقّه، ولا إلى مثله مع وجود العين، والمثل أقرب إلى حقّه من الثمن.

ووجه الشركة: القياس على مسألة الصبغ، وعلى ما إذا اختلط الزيتان بنفسيهما أو برضا المالكين، وأيضاً: فلو غصب صاعاً من هذا وصاعاً من هذا، وخلطهما وجعلناهما هالكين، ينتقل المالك فيهما إلى الغاصب، وذلك تملك[٥] بمحض[٦] التعدّي.

---

(١) التفليس: يقال: فلّسه القاضي تفليساً، أي حكم بإفلاسه، ونادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلساً. مأخوذ من أفلس، إذا لم يبق له مال، كأنما صارت دراهمه فلوساً وزيوفاً، أو كأنه صار إلى حال ليس له فلوس. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٨١) (أفلس)، «تاج العروس» فصل الفاء، باب السين (٤/ ٢١٠) (الفلْس).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (فلس). والصواب ما أثبته، لما تقدم في تعريف التفليس.

(٣) قال الشافعي: «وإن خلطه بأجود منه، ففيها قولان: أحدهما: لا سبيل له إليه، لأنه لا يصل إلى ماله إلا زائداً بمال غريمه. والقول الثاني: أن ينظر إلى قيمة زيته والمخلوط به متميزين، ثم يكون شريكاً بقدر قيمة زيته أو يضرب مع الغرماء بزيته». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٠١).

(٤) قوله: (في الغصب أيضاً) سقط من (ز).

(٥) قوله: (تملك) سقط من (ط الفكر).

(٦) قوله: (تملك بمحض) سقط من (ط العلمية).

وأظهر القولين عند الأكثرين: الأوّل المنصوص[١]، وعند الإمام[٢] والمتولي: الثاني.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأوّل.

والفرق: أنا إذا لم نثبت الشركة هناك، لا يحصل للبائع تمام حقّه، بل يحتاج إلى المضاربة، وهاهنا يحصل للمالك تمام[٣] البدل.

وإن خلطه بمثله: ففيه الطريقان، وطريق ثالث: وهو القطع بالشركة؛ لأنّ في إثبات الشّركة اتصال المالك إلى بعض حقّه بعينه، وإلى بدَل بعضه من غير زيادة تقوّم[٤] على الغاصب، فكان أولى من اتصاله إلى بدَل الكل. وحُكي ذلك عن ابن سُريج وأبي إسحاق[٥].

وإن خلطه بأردأ منه: فالنصّ[٦] أنه كالهالك أيضاً، ويجيء فيه الطريقان المذكوران في الأجود، لكن المنصوص في التفليس[٧] ـ والحالة هذه ـ ليس إلا قول الشّركة.

وذكرنا أنّ بعضهم خرّج فيه قولاً آخر يمكن أن يكون مخرّجاً من نصّه هاهنا، ويكون في الصورتين قولان بالنقل والتخريج من الطرفين[٨]، ويمكن أن يكون

---

(١) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٨٠)، «التهذيب» (٤/ ٣٢٧).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٦٣-٢٦٧).

(٣) قوله: (تمام) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٤) في (ز)، (ظ): (تفوت).

(٥) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٨٠).

(٦) قال الشافعي: «وإن خلطه بشرٍّ منه أو صبه في بانٍ، فعليه مثل زيته». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٧) قال الشافعي: «وإن باعه زيتاً فخلطه بمثله أو أردأ منه، فله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٠١).

(٨) في (ط العلمية): (الطريقين).

قول الهلاك في الأردأ مخرّجاً من توجيهه في الأردأ، فإن الشّافعي رضي الله عنه قال: «الذّائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله»[١] على ما مَرَّ.

وإذا اختصرت قلت: في الخلط المطلق: ثلاثة أوجه، ثالثهما: الفرق بين أن يخلط بغير المثل فيكون المغصوب هالكاً، أو بالمثل فيشتركان.

التفريع:

إن جعلنا الاختلاط كالهلاك: فللغاصب أن يعطيَه المثل من غير المخلوط، وله أن يعطيه منه إذا كان الخلط بالمثل. وكذا لو خلطه بالأجود؛ لأنّ المخلوط خير من[٢] المغصوب.

وليس له أن يعطيه قدر حقّه من المخلوط، إذا خلط بالأردأ، إلّا إذا رضي المالك، وإذا رضي فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر.

وإن حكمنا بالشركة: فإن خلط بالمثل، فقدر زنته من المخلوط له[٣]. وإن خلط بالأجود، كما إذا خلط صاعاً قيمته درهم بصاع قيمته درهمان، نظر: إن أعطاه صاعاً من المخلوط، أجبر المالك على قبوله؛ لأنّ بعضه من[٤] حقّه، وبعضه خير منه، وإلّا فيباع المخلوط، ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً.

فإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة: فالظاهر أنه لا يجوز؛ لأنه يكون قد أخذ ثلثي صاع لجودته في مقابلة صاع، وهو رِبا.

وعن رواية البويطيِّ أنه يجوز، وبنى ذلك على أنّ القسمة إفراز حقّ لا بيع.

---

(١) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٠١).

(٢) قوله: (من) سقط من (ظ).

(٣) قوله: (له) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٤) في (ز)، (ظ): (عين).

وفي المسألة وجه: أنه يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط؛ لأنّ اكتساب المخلوط[١] صفة الجودة بالخلط، كزيادة متصلة تحصل في يد الغاصب.

وإن خلط بالأردأ، كما إذا خلط صاعاً قيمته درهمان بصاع قيمته درهم، أخذ المالك من المخلوط[٢] صاعاً مع أرش النقصان؛ لأنّ الغاصب متعدٍّ، بخلاف ما إذا خلط المشتري بالأردأ وأفلس، فإنّ البائع إما أن يقنع بصاع من المخلوط، أو يضارب مع الغرماء.

فإن اتفقا على بيع المخلوط، وقسمة الثمن أثلاثاً، جاز. وإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة الثمنين[٣]: فمنهم: من جعله على الخلاف المذكور في طرف الأجود.

ومنهم: من قطع بالمنع؛ لأنه أمكن الرّجوع إلى صاعٍ منه مع الأرش، ولا حاجة إلى احتمال القسمة المشتملة على التفاضل.

وخلط الخلّ بالخلّ واللبن باللبن، كخلط الزّيت بالزّيت.

وإذا خلط الدّقيق بالدّقيق: فإن قلنا: إنه مثلي ـ وبه قال ابن سُريج[٤] ـ فهو كخلط الزّيت بالزّيت أيضاً[٥]. وإن قلنا: إنه متقوّم[٦]: فإن قلنا إنّ المختلط هالك، فالواجب على الغاصب القيمة. وإن قلنا بالشركة: فيباع، ويقسم الثمن[٧] بينهما على قدر القيمتين.

---

(١) في (ز)، (ظ): (المغصوب).

(٢) في (ز): (المغصوب).

(٣) في (ز)، (ظ): (القيمتين).

(٤) «المهذب» (١٤/ ٢٥٣)، «التهذيب» (٤/ ٣٢٨).

(٥) قال الشافعي: «وكذلك لو خلط دقيقاً بدقيق كالزيت». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٦) ورجحه البغوي، «التهذيب» (٤/ ٣٢٨). وهو قول أبي إسحاق، انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٥٣).

(٧) قوله: (الثمن) سقط من (ظ).

فإن أراد قسمة الدّقيق على نسبة القيمتين، والخلط بالأجود أو الأردأ: فهو على ما ذكرنا في قسمة الزّيت المخلوط. وإن كان الخلط بالمِثل: فالقسمة جائزة إن جعلناها إفرازاً. وإن جعلناها بيعاً[١]: لم تجز؛ لأنّ بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز.

هذا إذا كان الخلط بالجنس. أما إذا خلط المغصوب بغير جنسه، كما لو خلط زيتاً بشيرجٍ أو دهن بانٍ[٢]، أو دهن جوزٍ، أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير: فالمغصوب هالك؛ لبطلان فائدته وخاصيته[٣]، باختلاط غير الجنس به، بخلاف الجيّد مع الرّديء.

ومنهم من جعله على الخلاف[٤] السابق، ووجه ثبوت الشركة: ما لو خلطا بالرّضا. وهذا ما اختاره صاحب «التتمّة» هاهنا أيضاً.

وقال: إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن جاز، وإن أراد قسمته جاز،

---

(١) القسمة المشار إليها هنا هي: قسمة المتشابهات، وهي القسمة باعتبار الأجزاء، وقد اختلف فيها هل هي إفراز حق أو بيع؟
ومعنى إفراز: أي أن القسمة تبيِّن أن ما خرج لكل واحد منهما هو الذي ملكه. ومعنى بيع: أي أنه بالقسمة، كأنه يبيع كل واحد من الشريكين ما كان له في حصة صاحبه بما في حصته، لأنه ما من جزء من المال إلا وكان مشتركاً بينهما. والأظهر: أنها إفراز. وذكر في «العدة»: أن الفتوى عليه. انظر ما سيرد (٢١/ ٤٨٠، ٥٠٤)، «نهاية المحتاج» (٨/ ٢٨٦ - ٢٨٩).

(٢) بان: نبات مثل الأثل، له هدب طوال، شديد الخضرة، ليس لخشبه صلابة، ينبت في الهضب، وثمرته تشبه قرون اللوبياء إلا أن خضرتها شديدة، والحب ثمره دهن نافع طيب. قال الأزهري: ولاستواء نباتها ونبات أفنانها وطولها ونعومتها، شبه الشعراء الجارية الناعمة الرافهة ذات الشطاط بها، فقيل: كأنها بانة، وكأنها غصن بان. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب النون (٩/ ١٤٧) (بون).

(٣) فيجب مثله أو قيمته، لأنه تعذر رد العين. انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٥٣)، «التهذيب» (٤/ ٣٢٨).

(٤) انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٥٣).

وكأن المغصوب منه باع ما يصير[١] في يد الغاصب من الزّيت، بما يصير[٢] في يده من الشيرج.

قال الإمام[٣]: وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج، لَتّ[٤] السويق بالزيت، وهو بعيد، وإنما هو كصبغ الثوب.

وهذا في الخلط الذي يتعذَّر معه التمييز. فإن لم يتعذّر: وجب عليه التمييز[٥] والفصل بالالتقاط وإن شقّ، سواء خلط بالجنس كالحِنطةِ البيضاء والحمراء، أو بغير الجنس كالحنطة والشّعير[٦].

والمواضع التي ينبغي أن يعلم عليها من الفصل غير خافية. والله أعلم.

فرع:

لو خلط الزّيت بالماء، وأمكن التمييز، لزم[٧] التمييز وأرش النقص إن كان فيه نقص. وإن لم يمكن التمييز، فهو كخلطه بالبان[٨]، إلّا ألّا يبقى له قيمة، فيكون هالكاً لا محالة. فإن حصل فيه ـ مميّزاً أو غير مميّز ـ نقصٌ سارٍ، فقد سبق حكمه، والله أعلم.

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (يضمن).

(٢) قوله: (يصير) سقط من (ز)، وفي (ي): (يضمن).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٧٠).

(٤) لتّ: لتّ الرجل السويق لتّاً: بله بشيء من الماء. وهو أخف من البسّ. واللت: الدق. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٤٩) (لتّ)، «تاج العروس» فصل اللام، باب التاء (١/ ٥٨٠) (لتّ).

(٥) من قوله: (فإن لم) إلى هنا سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٦) انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٥٣)، «التهذيب» (٤/ ٣٢٨).

(٧) في (ي)، (ز)، (ظ): (لزمه).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٨).

قال:

(ولو غصبَ ساجةً[١] وأدرَجَها في بنائه لم يملكْها؛ بل يَرُدُّها (ح) على مالِكِها[٢] وإن أدّى إلى هدمِ بنائِهِ.

وإن أدرَجَ في سفينةٍ لم يُنزَعْ إن كانَ في النَّزْعِ إهلاكُ الغاصب، أو إهلاكُ حيْوانٍ مُحترَم، أو إهلاكُ مالٍ لغيرِه، ولكنْ يغرَمُ القيمةَ في الحالِ للحيلُولة، إلى أن يتيسَّرَ الفَصل. وإن لم يكُنْ فيه إلّا مالُ الغاصبِ ففي جوازِ النَّزْعِ وجهان).

إذا غصب ساجةً وأدرجها في بنائه، أو بنى عليها، أو على آجُرٍّ مغصوب، لم يـملك المغصـوب، بل عليـه إخـراجه من البنـاء، وردّه إلى المالك[٣]، وبه قال مالكٌ[٤] وأحمد[٥].

وعند أبي حنيفة[٦]: يملكه، ويغرم قيمته.

---

(١) ساجة: ضرب عظيم من الشجر، والجمع ساجات. أو هي خشب أسود رزين، يُجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٩٣) (سوج).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم يملك، بل يرد على مالكه).

(٣) قال الشافعي: «ولو كان لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً، أُخذ بقلعه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٤) عند المالكية: يُخير المغصوب منه بين هدم البناء وأخذ الساجة، وبين إبقائها وأخذ قيمتها. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ١٩٠)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٤٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٨١).

(٥) عند الحنابلة: إن بقيت الساجة فيجب ردها ولو بهدم البناء، وإن بليت وجبت القيمة. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٠٠)، «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين» (١/ ٤١٩).

(٦) عند الحنفية تجب القيمة، لأن الغاصب يتضرر بنقض البناء، والمالك وإن كان يتضرر بزوال ملكه =

لنا: أنه بنَى على ملك الغير عدواناً، فلا يزول به ملك المالك، قياساً على ما لو غصب أرضاً وبنى عليها. وأيضاً: فإنّ القدرة على المثل تَمنع من العدول إلى القيمة؛ لأنّ المثل أقرب إلى المغصوب، فأولى أن تَمنع القُدرة على العين العدول إلى القيمة[١].

وهذا ما لم تعفن السّاجة، فإن عفنت بحيث لو أخرجت لم تكن لها قيمة، فهي مستهلكة[٢]. فإن أخرجها وردّها: لزِمه أرش النقص إن دخلها نقص. وفي الأجرة ما ذكرنا في إبلاءِ الثوب بالاستعمال[٣].

ولو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينة، نُظر: إن لم يخف من النزع هلاك نفسٍ ولا مالٍ، بأن كانت على وجهِ الأرض أو مرساة[٤] على الشَّطِّ، أو أدرج في أعلاها، ولم يخش من نزعه الغرق، أو لم يكن فيها نفس، ولا مال، ولا خيف هلاك السّفينة نفسها؛ نزع وردّ[٥]، وخلاف أبي حنيفة عائد فيه. وإن كان في لُجَّةِ البحر[٦]، وخيف

= أيضاً، لكن ضرره دون ضرر الغاصب، لأنه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى، فكان أولى بالدفع. وهذا مبني عندهم على أصلهم في أن المغصوب لو هلك في يد الغاصب معنى وصورة أو معنى [لا صورة]، ينتقل الحكم من الرد إلى الضمان. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٤٩)، «المبسوط» (١١/ ٩٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٧٨).

(١) من قوله: (لأن المثل) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٦٧)، «التهذيب» (٤/ ٣٣٠).

(٣) قال الماوردي: «إذا استرجع اللوح لزمه أجرة مثله، إن كانت له أجرة». «الحاوي» (٨/ ٤٩٧).

(٤) مُرسَاة: يقال: رسا الشيء يرسو رَسْواً ورُسُوّاً، أي ثبت. يقال: رست السفينة، أي بلغ أسفلها القعر فثبتت، أو انتهى أسفلها إلى قرار الماء فبقيت لا تسير.
والمرساة ـ بالكسر ـ: أنجر السفينة التي ترسى به وهو معرب «لَنْكَر»، ويكون ضخماً يُشد بالحبال ويُرسل في الماء فيمسك السفينة ويرسيها حتى لا تسير. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٢٧) (رسا)، «تاج العروس» فصل الراء، باب الواو والياء (١٠/ ١٤٩) (رسا).

(٥) «الحاوي» (٨/ ٤٩٧)، «التهذيب» (٤/ ٣٢٩).

(٦) لُجة البحر: اللجة واللج ـ بالضم فيهما ـ: الماء الكثير الذي لا يُرى طرفاه. وقيل: لجة البحر حيث لا يُدرك قعره. انظر: «تاج العروس» فصل اللام، باب الجيم (٢/ ٩٢) (لجّ)، «المصباح المنير» (٢/ ٥٤٩) (لجّ).

من النزع هلاك حيوان محترم، سواء كان آدمياً ـ إما الغاصب، أو غيره ـ أو غير آدمي، لم ينزع حتى تصل إلى الشطِّ[1].

وإن خيف من النزع هلاك مال، إما نفس السّفينة أو غيرها، فهو إما للغاصب، أو لمن وضع ماله[2] فيها[3] وهو يعلم أنّ فيها لوحاً مغصوباً، أو لغيرهما؛ إن كان لغيرهما لم ينزع أيضاً[4]. وإن كان لهما فوجهان[5]:

أصحّهما عند الإمام[6]: النزع، كما يهدم البناء لردّ السَّاجة، ولا يبالي بما يضيع عليه.

والثاني ـ وهو الأصح عند ابن الصَّباغ وغيره[7] ـ: أنه لا ينزع؛ لأنّ السّفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصّبر إلى انتهائها إلى الشطِّ، بخلاف السّاجة المدرجة في البناء، فإنّ البناء للتأبيد.

وحيث لا ينزع إلى الوصول إلى الشطِّ، تؤخذ[8] القيمة؛ للحيلولة، إلى أن يتيسّر الفصل، فحينئذ يردّ اللَّوح مع أرش النقص إن نقص، ويستردّ القيمة[9]، إن قلنا: لا يبالي في النزع بهلاك مال الغاصب.

---

(١) «لأن للحيوان حرمتين: حرمة نفسه، وحرمة صاحبه». «الحاوي» (٨/ ٤٩٧).

(٢) قوله: (ماله) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٣) في (ز): (عليها).

(٤) «لأنه إتلاف مال مَنْ له حرمة بجناية غيره، فلم يجز». «المهذب» (١٤/ ٢٦٨).

(٥) أطلقها في «الحاوي» (٨/ ٤٩٧ – ٤٩٨)، و«المهذب» (١٤/ ٢٦٨)، و«التهذيب» (٤/ ٣٣٠).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٧٣-٢٧٤).

(٧) قال النووي: «الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ». «روضة الطالبين» (٥/ ٥٥).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (توجد).

(٩) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٩٨)، «المهذب» (١٤/ ٢٦٨).

فلو اختلطت السّفينة[١] التي أدرج فيها[٢] اللوح بسفن الغاصب، ولم يوقف[٣] على اللوح[٤] إلّا بفصل الكلّ، هل يُفصل الكلّ؟[٥] حكَى في «المُهذَّب» فيه وجهين[٦]، والله أعلم بالصّواب.

قال:

(وكذا لو غصبَ خَيْطاً وخاطَ به جُرْحَ آدميٍّ أو حيوانٍ مُحتَرمٍ غيرِ مأكول، وكانَ في نزعِه خوفُ هلاك: لم يُنْـزَع - إذ يـجوزُ الغصبُ بمثْلِ هذا العذْرِ[٧] ابتداءً - بل يَغرَمُ قيمتَه. فإن ماتَ المجرُوحُ أو ارتدَّ ففي النزعِ خلاف[٨]؛ لأنّ فيه مثلة[٩]. وفي الحيوانِ المأكولِ خلاف؛ لأنه ذبحٌ لغيرِ[١٠] مأكلة. ويُنَزعُ عنِ الخنزيرِ والكلبِ العَقور[١١]؛ إذ لا حُرمةَ لهما).

---

(١) قوله: (السفينة) زيادة في (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (منها).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (ولا توقف).

(٤) كذا في (ز)، (ظ)، وفي غيرهما: (النزع).

(٥) قوله: (هل يُفصل الكلّ) زيادة في (ز)، (ظ).

(٦) أحدهما: يُنقض الجميع. والثاني: لا ينقض شيء منها ما لم تتعين، لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي. «المهذب» (١٤/ ٢٦٨)، «الحاوي» (٨/ ٤٩٨).

(٧) في (ز): (العذر)، وفي غيرها: (القدر)، وكذا في كتاب «الوجيز» المطبوع: (القدر). انظر (١/ ٢١٣). والصواب ما أثبته، والله أعلم.

(٨) قوله: (خلاف) سقط من (ط الفكر).

(٩) مُثْلَة: اسم من مَثَلْتُ بالقتيل مَثْلًا ومُثْلَة، إذا جدعته وظهرت آثار فعلك عليه تنكيلًا. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٦٤) (المثل).

(١٠) في (ز): (في غير)، وفي (ط الفكر): (بغير).

(١١) العَقُور: يقال عقره عقراً، أي جرحه، والعقور من أبنية المبالغة، والكلب العقور هو الذي يجرح ويقتل. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٢١) (عقره)، «تاج العروس» فصل العين، باب الراء (٣/ ٤١٥) (عقر).

الخيطُ المغصوب: إن خيط به ثوب ونحوه، فالحكم كما في البناء على السَّاجة[1].

وإن خيط به جرح حيوان، فهو إما محترم أو غيره:

القسم الأول: المحترم، وهو الآدمي وغيره:

أما الآدمي: فإن خيف من نزعه منه[2] هلاكه، لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته[3]، ثم إن خاطَ به جرح نفسه فالضمان مستقرٌّ عليه، وإن خاط به جرح غيره بإذنه، وهو عالم بالغصب، فقرار الضمان عليه، وإن كان جاهلاً، فعلى الخلاف في ما إذا أطعم المغصوب غيره.

وفي معنى خوف الهلاك، خوف كُلّ محذورٍ يجوّز[4] العدول من الوضوء إلى التيمّم وفاقاً وخلافاً[5]. قال الإمام[6]: ولو رتب، انقدح وجهان:

أحدهما: أنّ ترك الخيط أولى؛ لقيام القيمة مقامه.

والثاني: أنّ نزعه أولى؛ لتعلّقه بحقّ الآدمي، المبني على الضيق.

وأما غير الآدمي فهو على ضربين:

---

(١) «فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه وأرش نقصه إن نقص». «الحاوي» (٨/ ٤٩٨)، «التهذيب» (٤/ ٣٣٠).

(٢) قوله: (منه) سقط من (ظ)، (ط الفكر).

(٣) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٩٩)، «التهذيب» (٤/ ٣٣٠).

(٤) في (ظ): (ويجوّز).

(٥) من المحذورات التي تجوّز العدول من الوضوء إلى التيمم وفاقاً وخلافاً: أولًا: المرض الذي يخاف من الوضوء معه فوت الروح أو فوت عضو أو فوت منفعة عضو، يبيح التيمم وفاقاً. فإن خاف حدوث مرض مخوف، جاز التيمم في ظاهر المذهب.
ثانياً: المرض الذي يخاف من استعمال الماء معه شدة الضنى، أو زيادة العلة، أو بطء البرء وبقاء الشين القبيح، ففيه خلاف. انظر ما سلف (١/ ٦٣١).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٧٣-٢٧٤).

أحدهما: غير الـمأكول، والحكم فيه كما في الآدمي[١]، إلاّ أنه لا اعتبار ببقاء الشَّيْن[٢] فيه.

والثاني: المأكول، فإن كان لغير الغاصب لم ينزع. وإن كان للغاصب، ففيه قولان، وقيل وجهان:

أحدهما ـ وهو رواية الرَّبيع[٣] ـ: أنه يذبح، ويردّ الخيط؛ لأنه جائز الذّبح، وبذبحه يصل الحقّ إلى المستحقّ[٤].

وأظهرهما: المنع[٥]، كما في غير المأكول؛ لأنّ للحيوان حُرمة[٦] في نفسه، ألا ترى أنه يؤمر بالإنفاق عليه، ويمنع من إتلافه، وإذا لم يقصد بالذّبح الأكل، منع منه، وقد رُوي أنه ﷺ «نَهَى عَن ذَبْحِ الحَيَوان، إلا لمأكلة»[٧].

وإذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه: فإن كان غير الآدميّ، نزع منه الخيط.

---

(١) «لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال». «المهذب» (١٤/ ٢٦٧).

(٢) الشيْن: يقال: شانه يشينه شيناً، ضد زانه، أي عابه. والشيْن: القبيح. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٣٠) (شانه)، «تاج العروس» فصل الصاد، باب النون (٩/ ٢٥٧ - ٢٥٨) (شين).

(٣) قال الربيع: «وإن كان في حيوان يؤكل، نُزع الخيط، لأنه حلال له أن يذبحها ويأكلها». «الأم» (٣/ ٢٦١).

(٤) انظر: «الحاوي» (٨/ ٥٠٠)، «المهذب» (١٤/ ٢٦٨).

(٥) وهي رواية الـمُـزَنيّ و«حرملة». انظر: «الحاوي» (٨/ ٥٠٠).

قال الشافعي: «فإن خاط به جرح إنسان أو حيوان، ضمن الخيط، ولم يُنزع». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٧).

(٦) كذا في (ز)، (ظ)، وفي غيرهما: (الحيوان حرمته).

(٧) أخرجه الحاكم في «المستدرك» بلفظ: «ما من إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عزَّ وجلّ عنها يوم القيامة»، قيل: «يا رسول الله، وما حقها؟»، قال: «حقها أن يذبحها فيأكلها، ولا يقطع رأسها فيرمي به». كتاب الذبائح، باب رجل ذبح ونسي أن يسمي (٤/ ٢٣٣)، وقال: «هذا صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وأخرجه البيهقي، كتاب السير، باب تحريم قتل ما له روح إلا بأن يذبح فيؤكل (٩/ ٨٦). والنسائي، كتاب الضحايا، باب من قتل عصفوراً بغير حقها (٧/ ٢٣٩).

وفي الآدمي وجهان[١]:

أصحّهما ـ على ما ذكره في «النهاية»[٢] ـ: أنه يُنزع، وإنما لم ينزع في الحياة؛ لحُرمة الرّوح.

والثاني: المنع؛ لأنّ الآدمي محترم بعد الموت، ولذلك قال ﷺ: «كَسْرُ عَظْمِ الميِّتِ ككَسْرِ عَظْمِ الحيِّ»[٣].

القسم الثاني: غير المحترم: فلا يبالى بهلاكه، وينزع منه الخيط[٤]، ومن هذا القسم: الخنزير والكلب العقور.

أما كلب الصيد والماشية، فلا يجوز النزع منه، كذا[٥] قاله الإمام[٦]، وألحق الكلب الذي لا منفعة فيه بالمؤذيات.

وذكر تردُّداً في ما إذا خاط به جرح مرتدٍّ، وحَكم بأنّ الأوجه المنع؛ لأنّ المُثلَةَ بالمرتدّ محرّمة، وليست كالمُثلة بالميّت؛ لأنا نتوقّع من المرتدّ عوداً إلى الإسلام.

---

(١) أطلقها في «التهذيب» (٤/ ٣٣٠).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٧٤).

(٣) أخرجه ابن ماجَهْ بزيادة قوله: «في الإثم» عن أم سلمة، كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت (١/ ٥١٦) (١٦١٧).

وله عن عائشة رضي الله عنها، بلفظ: «كسر عظم الميت ككسره حياً» (١٦١٦). وكذا أخرجه أبو داود، كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان (٣/ ٢١٢ - ٢١٣) (٣٢٠٧). والدارقطني، كتاب الحدود والديات، وغيره (٣/ ١٨٨ - ١٨٩)، وابن حبان (موارد الظمآن)، كتاب الجنائز، باب فيمن آذى ميتاً ص١٩٦ (٧٧٦). قال ابن حجر: «حسّنه ابن القطان، وذكر القشيري أنه على شرط مسلم». «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٤).

(٤) ويغرم أرش نقصه. «الحاوي» (٨/ ٤٩٩).

(٥) قوله: (كذا) زيادة في (ط العلمية).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٧٤-٢٧٥).

هذا لفظه، ويوافق ذلك قوله في الكتاب: (أو ارتدّ، ففي النزع خلاف)، غير أنّ الإمام[١] صوّر[٢] فيما إذا خيط به جرح المرتدّ، ولفظ الكتاب فيما إذا طرأت الردّة على الخياطة.

والذي أجاب به الأكثرون: أنّ المُرتدَّ غير محترم، فينزع الخيط منه[٣]، وكذا الحربيُّ[٤].

وخرّج صاحب «التتمّة» فيما إذا خاط به جُرح الزّاني المحصن، أو المحارب، على الخلاف فيما إذا خاط به[٥] جُرح معصومٍ فمات؛ لأنّ تفويت روحه مستحقّ، فألحق بالميّت.

ويبنى على التفصيل المذكور: جواز[٦] غصب الخيط ابتداءً، ليخاط به الجرح، إذا لم يوجد خيط حلال: فحيث حكمنا بالنزع، لا يجوز الغصب. وحيث قلنا: لا يُنزع، يجوز[٧].

وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب[٨]: (إذْ يجوز الغصب بمثل هذا العُذر[٩] ابتداءً)، والله أعلم بالصواب.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٧٥).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (صوره).

(٣) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٩٩).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٣٠).

(٥) قوله: (به) سقط من (ظ).

(٦) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (في جواز).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٣٠ - ٣٣١).

(٨) قوله: (في الكتاب) زيادة في (ط العلمية)، وفي (ز): (في «المختصر»).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (القدر).

قال:

(ولو أدخلَ فصيلاً[١] في بيتِه[٢] أو ديناراً في مِـحبَرتِه وعسُرَ إخراجُه، كُسِرَ عليه؛ تخليصاً للمال. وإن لم يكن بفعلِه فالأظهرُ أنّ المخلَّصَ مالُه يغرَمُ أرشَ النَّقْص.

وإن غصبَ فرْدَ خُفٍّ قيمةُ الكُلِّ عشرة، وقيمةُ الفَرْدِ ثلاثةٌ؛ ضمنَ سبعة؛ لأنّ الباقي ثلاثة. وقيل: ثلاثة؛ لأنه المغصوب. وقيل: خمسة، كما لو أتلفَ غيرُه الفَرْدَ الآخَر؛ تسويةً بينهما).

فيه فرعان:

أحدهما: فصيل رجلٍ حصل في بيتٍ آخَر، ولم يمكن إخراجه إلّا بنقض البناء، يُنظر: إن كان بتفريطٍ من صاحب البيت[٣]، بأن غصبه وأدخله فيه، نُقض[٤]، ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً. وإن كان بتفريطٍ من صاحب الفصيل، فإذا نُقض البناء غرم أرش النقض[٥].

وإن دخل الفصيل بنفسه، نُقض أيضاً، وهل على صاحب الفصيل أرش النقض؟ قال العراقيون: نعم، وهو ظاهر المذهب؛ لأنه إنما نقض لتخليص مِلْكِهِ.

---

(١) الفصيل: ولد الناقة إذا فصل عن أمه، وقد يُقال في البقر أيضاً. والجمع فصلان بالضم والكسر، وفصال بالكسر. انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب اللام (٨/ ٥٩) (فصل)، «المصباح المنير» (٢/ ٤٧٤) (فصلته).

(٢) في (ز): (بيت).

(٣) في (ز): (البنيان).

(٤) «المهذب» (١٤/ ٢٦٨).

(٥) لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب البيت. انظر: «المرجع السابق»، (الصفحة نفسها).

وذكر الإمام[١] وصاحب الكتاب فيه خلافاً، ووجه المنع: أنه لا تفريط من أحدٍ، والإخراج لا بدّ منه؛ لحرمة الرُّوح، وإنما ينتظم هذا إذا كان الفرض في ما إذا خِيْفَ هلاكه لو لم يخرج.

ولو وقع دينار في مِحبَرة، ولم يخرج إلّا بكسرها: إن وقع فيها بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً، كُسرت، ولا غرم على صاحب الدينار[٢]. وإن وقع بفعل صاحب الدّينار، أو من غير تفريطٍ[٣] من أحدٍ، كُسِرت، وعلى صاحب الدّينار الأرش.

وأجرى صاحب الكتاب في وجوب الأرش، الخلاف المذكور في الصّورة الأولى، لكن التوجيه الذي مرّ، لا يجيء هاهنا.

وقال ابن الصَّبَّاغ: إذا لم يفرط واحد منهما، وضمن صاحب المِحبَرة[٤] الدينار[٥] ينبغي أن يقال: لا تكسر المحبرة؛ لزوال الضرر بذلك، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفَصيل.

ولو أدخلت بهيمة رأسها في قِدْرٍ، ولم تخرج إلّا بكسرها: فإن كان معها صاحبها، فهو مفرط بترك الحفظ، فإن كانت غير مأكولة، تخلص بكسر القدر، وعليه أرش النقصان[٦]، وإن كانت مأكولة، ففي ذبحها وجهان[٧]، كما في مسألة الخَيْطِ.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٩٨-٢٩٩).

(٢) الذي في «المهذب»: «إن وقع في المحبرة من غير تفريط من صاحبها كسرت، وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة» (١٤/ ٢٦٨ - ٢٦٩).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (صاحب الدينار، فعليه الأرش، وإن وقع من غير تفريط). وهذه زيادة لا داعي لها، وليست في «الروضة» (٥/ ٥٧).

(٤) قوله: (المحبرة) سقط من (ي).

(٥) أي يدفع صاحب المحبرة ديناراً آخر لصاحب الدينار بدلًا من أن يكسر المحبرة لاستخراج الدينار.

(٦) انظر: «الحاوي» (٨/ ٥٠٣).

(٧) قال الماوردي: «قولان». «الحاوي» (٨/ ٥٠٣).

وإذا لم يكن معها أحد، فإن فرّط صاحب القدر، مثل أن وضع القدر في موضع لا حَقَّ له فيه، كُسرت ولا غرم له[١]. وإن لم يفرط، كسرت، وغرم صاحب البهيمة الأرش.

ولم يذكروا التفصيل المذكور في صورة القدر، والفرق بين المأكول وغير المأكول في الفصيل والبيت، والوجه: التسوية، والله أعلم.

الثاني: غصب زَوْجَي خُفٍّ قيمتهما عشرة، ثم ردّ أحدهما[٢] وقيمته ثلاثة، وتلف الآخر، يلزمه سبعة؛ لأن بعض المغصوب قد تلف، والباقي نقص، ولو أتلف أحدهما، أو غصبه وحده وتلف، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة، ففيه أوجه:

أحدها: أنه يضمن سبعة؛ لأنه أتلف أحدهما، وأدخل النقصان على الباقي[٣] بتعدّيه، فأشبه ما لو حَلَّ أجزاء الباب والسَّرِيرِ، فنقصت قيمته.

والثاني: يضمن ثلاثة؛ لأن قيمة الفرد الذي أتلفه ثلاثة.

والثالث: خمسة، كما لو أتلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإنه يسوّى بينهما، ويضمن كلّ واحد منهما خمسة.

ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه[٤] الأوّل، وبه قال الشيخ أبو حَامِدٍ، ومن تابعه. وقال الإمام[٥] وصاحب «التهذيب»[٦]: الأظهر الثالث[٧].

---

(١) لأن كسرها هدر، لتعديه بها. «الحاوي» (٨/ ٥٠٣).

(٢) انظر: «الحاوي» (٨/ ٥٢٧ - ٥٢٨)، «التهذيب» (٤/ ٣٠٤).

(٣) في (ز)، (ظ): (الثاني).

(٤) قوله: (الوجه) زيادة في (ط العلمية).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٩٩-٣٠٠).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٣٠٤)، وهذا لأن قيمة ما أتـلفه خمسة، حيث تقسم العشرة مناصفة بين زوجي الخف.

(٧) قال النووي: «الأقوى ما صححه الإمام، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل». «روضة الطالبين» (٥/ ٥٩).

ولو أخذ أحدهما على صورة السرقة، وقيمته مع نقصان الثاني نصاب، لا يقطع بلا خلاف[(١)]، والله أعلم.

فرع:

سيأتي القول في أن ما تتلفه البهيمة، متى يضمنه مالكها؟ في بابه[(٢)]. فإذا ابتلعت البهيمة[(٣)] شيئاً، واقتضى الحال لزوم الضمان[(٤)]، نُظر: إن كان مما يفسد بالابتلاع ضمنه. وإن كان مما لا يفسد كاللّآلي، فإن لم تكن مأكولة لم تذبح، ويغرم قيمة ما ابتلعته؛ للحيلولة[(٥)]، وإن كانت مأكولة، فعلى الوجهين السابقين[(٦)].

ولو باع بهيمةً بثمنٍ معينٍ فابتلعته، نُظر: إن لم يكن الثمن مقبوضاً، انفسخ البيع[(٧)]، وهذه بهيمة للبائع ابتلعت مالًا للمشتري، إلّا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة، فيستقرّ العقد[(٨)]، ويكون ما جرى قبضاً للثمن، بناءً على أن إتلاف المشتري قبض منه[(٩)]. وإن كان الثمن مقبوضاً، لم ينفسخ البيع، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مالاً للبائع، والله أعلم.

---

(١) لأن ما سرقه حقيقة دون النصاب، وإنما كمل عليه النصاب بتضمينه النقص الحاصل بسرقته أحد زوجي الخف، فهو كما لو أتلف المال في حرزه دون إخراج، وهذه شبهة تدرأ عنه القطع. انظر: «الحاوي» (٨/ ٥٢٨)، «التهذيب» (٤/ ٣٠٤).

(٢) قوله: (في بابه) زيادة في (ي)، (ز)، (ظ).

(٣) قوله: (البهيمة) سقط من (ز).

(٤) بأن كان معها صاحبها.

(٥) حيث يحرم ذبحها وتعذر الوصول إلى الجوهرة أو اللؤلؤ.

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٠١)، «حلية العلماء» (٥/ ٢٤٣)، «المهذب» (١٤/ ٢٦٨).

(٧) في (ز): (العقد).
«لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه، مبطل للبيع». «الحاوي» (٨/ ٥٠٢).

(٨) فيكون الثمن مضموناً عليه، فيغرم مثله. انظر: «الحاوي» (٨/ ٥٠٢).

(٩) انظر ما سلف (٦/ ٢٣٧).

قال:

(الفصل الثالث: في تصرُّفاتِ[1] الغاصب

فإذا باعَ الجاريةَ المغصوبةَ ووطِئَها المشتري وهو عالمٌ لزمَه الحدُّ والمَهْرُ (ح) إن كانتْ مُستكرَهة. وإنْ كانت راضيةً فوجهان؛ لقوله عليه الصَّلاةُ والسَّلام: «لا مهر لِبغيّ»[2]، ولكنّ المهرَ للسَّيِّدِ فيشبِهُ أن لا يُؤثِّر رضاها. وفي مُطالبةِ الغاصبِ بهذا المهرِ تردُّد؛ لأنّ مَنافعَ البُضعِ لا تدْخُلُ تحتَ الغصب.

وإن كانَ جاهلاً لزمَهُ المهر، ولا يجبُ إلَّا مهرٌ واحدٌ بوَطآتٍ إذا اتَّحدتِ الشُّبهة. وفي تعدُّدِ الوطءِ بالاستِكراهِ تَردُّدٌ في تعدُّدِ المهر).

---

(١) في (ز): (تصرف).

(٢) سيأتي قول الرافعي: (والمشهور من لفظ الخبر أنه «نهى عن مهر البغيّ» كما تقدم لا ما أورده في الكتاب).

والحديث أخرجه البخاري بلفظ: أن النبي ﷺ «نهى عن مهر البغي» كتاب الإجارة، باب كسب البغي والإماء (٤/ ٤٦٠) (٢٢٨٢). ومسلم كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي (١٠/ ٢٣١). وأبو داود كتاب البيع، باب في حلوان الكاهن (٣/ ٢٦٧) (٣٤٢٨). والترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في ثمن الكلب (٢/ ٣٧٢ - ٣٧٣) (١٢٩٣). والنسائي، كتاب البيوع، باب بيع الكلب (٧/ ٣٠٩). وابن ماجَهْ، كتاب التجارات، باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وعسب الفحل (٢/ ٧٣٠) (٢١٥٩).

والبغيّ: يقال: بغت المرأة تبغي بغياً، أي عهرت أي زنت، وذلك لتجاوزها إلى ما ليس لها. أصله من بغى يبغي بُغاء بالضم، أي طلبه. قال الراغب: البغي: طلب تجاوز الاقتصاد في ما يتحرى، تجاوزه أو لم يتجاوزه. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الواو والياء (١٠/ ٣٨ - ٣٩) (بغى).

هذا الفصل الثالث، وإن كان مترجماً بتصرّفات الغاصب مطلقاً، لكن القصد منه[١] شيئان[٢]: **أحدهما**: الكلام في وطء المشتري من الغاصب. **والثاني**: في ما يرجع به إذا غرم[٣] على الغاصب.

واعلم قبل الشروع فيهما، أنه إذا اتَّجَرَ الغاصب في المال المغصوب، ففيه قولان:

الجديد: أنه إن باعه، أو اشترى بعينه، فالتصرّف باطل، وإن باع سلماً، أو اشترى في الذمّة، وسلّم المغصوب[٤]، فالعقد صحيح، والتسليم فاسد، ولا تبرأ ذمّته عمّا التزم به، ويملك ما يأخذه، وأرباحه له.

والقديم: أنّ بيعه[٥]، والشراء بعينه منعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازه فالربح له، وكذا إذا التزم في الذمّة وسلّم المغصوب، تكون الأرباح للمالك[٦]. وهذه المسألة قد مرّ ذكرها في أول البيع[٧]، ويتمّ شرحها في القِراض[٨]. والغَرَض الآن: التذكير ببيان[٩] أنّ مسائل الفصل متفرّعة على المذهب الجديد.

إذا عرفت ذلك: فالمقصد الأول: هو القول في وطء المشتري من الغاصب: ولا يخلو إما أن لا يكون مُحْبلاً أو يكون.

---

(١) في (ز)، (ظ): (المقصد فيه).

(٢) في (ظ): (سببان).

(٣) في (ز)، (ظ): (غرمه).

(٤) في (ز)، (ظ): (وسلّم المغصوب فيه).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أنه يتبعه).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٨).

(٧) انظر ما سلف (٥/ ٣٨٠).

(٨) انظر ص: ٣٤٢ - ٣٤٣، «الحاوي» (٨/ ٤٣٦).

(٩) في (ز)، (ظ): (وبيان).

الضرب الأول: الوطء الخالي عن الإحبال، ونذكر أولاً حكمه إذا وجد من الغاصب نفسه، فنقول: إنه مع الجارية المغصوبة، إما أن يكونا جاهلين بتحريم الوطء[١]؛ أو عالمين، أو أحدهما عالماً والآخر جاهلًا.

إن كانا جاهلين فلا حَدَّ عليهما، وعليه المهر للسيد، وكذلك أرش الافتضاض[٢] إن كانت بكراً[٣]، ثم ذكروا وجهين[٤] في أنا نفرد أرش الافتضاض[٥] عن[٦] المهر، فنقول: عليه مهر مثلها ثيباً وأرش الافتضاض. أو لا نفرد، ونقول: عليه مهر مثلها بكراً. ورجّحوا الأول؛ لوجوبهما بسببين مختلفين، وانفكاك كل واحد منهما عن الآخر.

فإن قلت: هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا؟ إن اختلف وجب أن يُقطع بوجوب الزائد؛ لأنّ بناء أمر الغاصب على التغليظ، وإن لم يختلف فلا فائدة للوجهين. فالجواب: أن يقال[٧]: إن اختلف المقدار، فالوجه ما ذكرته، وقد أشار إليه الإمام[٨]، وإن لم تختلف، فللوجهين فوائد تظهر من بعد.

---

(١) بسبب حداثة إسلامهما، أو مقامهما في بادية نائية عن الأمصار. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٨).

(٢) الافتضاض: يقال فضضت الختم فضاً، أي كسرته. وفضضت البكارة أزلتها، على التشبيه بالختم. «المصباح المنير» (٢/ ٤٧٥) (فضضت).

(٣) لا يجب الحد، للشبهة، ويجب المهر، لأنه حق للسيد، ويجب أرش الافتضاض، لأنه استهلاك جزء منها. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٧ - ٤٣٩).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١١ - ٣١٢).

(٥) من قوله: (إن كانت) إلى هنا سقط من (ظ).

(٦) في (ز)، (ظ): (عن)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (من).

(٧) في (ز)، (ظ): (أنه).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٠٢-٢٠٣).

وإن كانا عالمين بالتحريم، فينظر: إن كانت الجارية مكرهة[١]، فعلى الغاصب الحدّ والمهر، خلافاً لأبي حنيفة[٢] في المهر، ويجب عليه أرش الافتضاض إن كانت بكراً.

وإن كانت طائعة، فعليهما الحد، وفي المهر وجهان[٣]، ويقال: قولان:

أحدهما: يجب؛ لأن المهر حق للسيد، فلا يؤثر فيه رضاها، كما لو أذنت في قطع يدها[٤].

وأظهرهما ـ وهو المنصوص[٥] ـ: أنه لا يجب؛ لأنها زانية ساقطة الحُرمة، فأشبهت الحُرّة إذا زنت طائعة[٦]، وقد رُوي أنه ﷺ «نَهَى عن مَهْرِ البَغِيِّ»[٧].

ويجوز أن يكون مهرها للسيد، ويتأثر بصنعها[٨]، كما لو ارتدت قبل الدخول، أو أرضعت إرضاعاً مفسداً للنكاح[٩].

---

(١) فلا حد عليها. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٧).

(٢) قال السرخسي: «وطء الجارية المغصوبة يوجب الحد على الغاصب دون العقر». «المبسوط» (١١/ ٧٠).

(٣) كذا عند الماوردي. «الحاوي» (٨/ ٤٣٧).

(٤) وهذا قول ابن سريج. «الحاوي» (٨/ ٤٣٧).

(٥) قال الشافعي: «أن تكون هي زانية محدودة، فلا مهر لها». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٦). انظر: «الأم» (٣/ ٢٥٢).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١١).

(٧) سبق تخريجه (ص:٨١) (م ع).

(٨) في (ظ)، (ط الفكر): (بضعها)، وفي (ط العلمية): (بعضها).

(٩) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١١).
والإرضاع المفسد للنكاح مثل: أن ترضعَ زوجةً أخرى لزوجها رضاعة توجب التحريم.

ويجب أرش الافتضاض، إن كانت بكراً، إذا قلنا: إنه يفرد عن المهر.

وإن قلنا: لا يفرد، ففي وجوب الزيادة على مهر مثلها وهي ثيب، وجهان:

في وجه: لا تجب، كما لو زنت الحُرّة طائعة، وهي بكر.

وفي وجه: تجب، كما لو أذنت في قطع طرف منها.

وإن كان أحدهما عالماً، دون الآخر: فإن كان الغاصب عالماً، فعليه الحدّ وأرش البكارة إن كانت بكراً، والمهر[١]. وإن كانت الجارية عالمة، فعليها الحدّ دونه، ويجب المهر إن كانت مُكرهة، وإن كانت مُطاوعة فعلى الخلاف.

واعلم أنّ الجهل بتحريم وطء المغصوبة: قد يكون للجهل بتحريم الزنى مطلقاً، وقد يكون لتوهُّم حلّها خاصّة لدخولها بالغصب في ضمانه، ولا تقبل دعواها إلّا من قريب العهد بالإسلام، أو ممن نشأ في موضع[٢] بعيد عن المسلمين، وقد يكون لاشتباهها عليه، وظنه أنها جاريته[٣]، ولا يشترط لقبول الدّعوى ما ذكرناه.

هذا في وطء الغاصب، وأما المشتري من الغاصب فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل، كما ذكرنا في الغاصب، إلّا أن الجهل في حق المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة[٤]، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق، كما لا يشترط في الاشتباه.

---

(١) قال الشافعي: «وإذا اغتصب الرجل الجارية ثم وطئها بعد الغصب وهو من غير أهل الجهالة، أخذت منه الجارية والعقر، وأقيم عليه حد الزنى». «الأم» (٣/ ٢٥٣).

(٢) في (ز): (بادية).

(٣) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٨).

(٤) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤٠). في (ط الفكر)، (ط العلمية): (مغصوبة أيضاً).

وإذا غرم المشتري المهر، فسيأتي الخلاف في رجوعه به[١] على الغاصب.

وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء؟ فيه وجهان عن صاحب «التقريب»:

وجه المنع: أن المهر بدل منفعة البُضْع، وهي غير داخلة تحت اليد، ولا مضمونة بالغَصْب.

ووجه الثاني ـ وهو قضية كلام المُعْظَم ـ: أن الأمر إذا أفضى إلى الغرم بعد فرضه غير متعلق بالغاصب.

وأشار الإمام[٢] إلى جريان الوجهين، سواء قلنا برجوع المشتري على الغاصب بالمهر، أو بعدم الرجوع. وقال: إذا قلنا بعدم الرجوع: فظاهر القياس ألَّا يطالب، وغيره محتمل. وإذا قلنا بالرجوع: فالظاهر المطالبة؛ لاستقرار الضمان عليه، ويجوز أن يقال: الرجوع بسبب الغرور[٣]، فيختصّ به المغرور. وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة.

وإذا تكرر الوطء إما من الغاصب، أو من المشتري من الغاصب: فإن كان في حالة الجهل، لم يجب إلَّا مهر واحد؛ لأن الجهل شبهة واحدة مطردة، فأشبه ما إذا وطئ في النكاح الفاسد مراراً[٤]. وإن كان عالماً ووجب المهر[٥] لكونها

---

(١) قوله: (به) زيادة في (ظ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢١٥-٢١٦).

(٣) كذا في (ظ)، وفي (ز): (الغرم)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (الغرر).

والغرور: أصله من غرّ غروراً بالضم وغراً بالفتح، أي خدعه وأطمعه بالباطل. ويقال: غرر بنفسه تغريراً، أي عرضها للهلكة من غير أن يعرف، والاسم: الغرر (محركة) وهو الخطر. انظر: «تاج العروس» فصل الغين، باب الراء (٣/ ٤٤٣) (غرّ). «المصباح المنير» (٢/ ٤٤٤ - ٤٤٥) (الغِرَّة).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٢).

(٥) كذا في (ظ)، وفي غيرها: (وجب).

مستكرهة، أو على[١] قولنا بالوجوب مع طواعيتها، فوجهان:

أحدهما: الاكتفاء بمهرٍ واحد، كما في حالة الجهل.

وأصحّهما ـ وبه أجاب صاحب الكتاب في الصَّداقِ[٢]، حيث أعاد هذه الصورة في أخوات لها ـ: أنه يجب لكل مرة مهر؛ لأن الوجوب[٣] هاهنا لإتلاف منفعة البُضْع؛ فيتعدد بتعدُّد الإتلاف.

لكن قضية هذا الوجه: الحكم بالتعدّد في صورة الجهل أيضاً[٤]؛ لأن الإتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل، فلا معنى للإحالة على الشبهة، وإنما يحسن[٥] اعتماد الشبهة، حيث لا يجب المهر لولا الشبهة.

ذكر هذا المستدرك إمام الحرمين، وقال: هذه لطيفة يُقضى منها العجب.

وإن وطئها مرّة جاهلاً، وأخرى[٦] عالماً، وجب مهران.

وقوله في الكتاب: (لزمه الحدّ والمهر)، لفظ (المهر) معلم بالحاء؛ لأن عند أبي حَنيفة لا يجامع المهر الحدّ.

والمشهور من لفظ الخبـر أنه: «نهى عن مهر البغي» كما تـقدّم، لا ما أورده في الكتاب. والله أعلم.

---

(١) كذا في (ز)، (ظ)، وفي غيرهما: (وعلى).

(٢) قال في «الوجيز»: «وإذا لم يكن شبهة كوطآت الزاني المكرِه، وجب بكل وطأة مهر». (٢/ ٣٠).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الواجب).

(٤) قوله: (أيضاً) زيادة في (ز)، (ظ).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يحصل).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ومرة).

قال:

(أما الولدُ فهو رقيق لا نسبَ له إن كانَ عالماً. وإن كانَ جاهلاً انعقدَ على الحرّيّة وضمنَ المشتري قيمتَه ورجعَ بها على الغاصب؛ إذ الشِّراءُ لا يُوجِبُ ضَمانَ الولد. وإن انفصلَ الولـدُ ميتاً فلا ضَمان؛ لأنّ الحياةَ لم تُتَيَقَّن. وإن سقطَ ميتاً بجنايةِ جانٍ يجبُ الضَّمان؛ لأنه انفصلَ مَضْمُوناً. وقد قَدَّرَ الشَّارِعُ حياتَه، وضَمانُه: عُشرُ قيمةِ الأُمّ[١] وقِيلَ في هذه الصورة: يجبُ أقلُّ الأمرَينِ من عُشْرِ قيمـةِ الأمِّ والغُرّة[٢]؛ إذ وجبَ الضَّمانُ بسَبَبِها فلا يَزيدُ عليْها).

الضرب الثاني الوطء المُحْبِلُ، سواء وجد من الغاصب أو من المشتري منه، فينظر:

إن كان عالماً بالتحريم: فالولد رقيق للمالك، غير نسيب؛ لكونه زانياً[٣].

فإن انفصل حيّاً، فهو مضمون على الغاصب[٤]، وإن انفصل ميتاً بجناية جانٍ، فبدله لسيده، وإن انفصل ميتاً من غير جناية، ففي وجوب الضَّمان على الغاصب وجهان:

---

(١) انظر ما سيرد (١٨/ ٤٤٨-٤٤٩).

(٢) كذا في (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو الغُرّة). والغُرة ـ بالضم ـ: العبد والأمة، كأنه عبّر عن الجسم كله بالغرة. قال أبو سعيد: الغرة عند العرب أنفس شيء يُملك وأفضله، والعبد غرة مال الرجل، والأمَة الفارهة من غرة المال. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الراء (٣/ ٤٤٤ - ٤٤٥) (غرّ).

(٣) قال ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر». أخرجه البخاري كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حُرّة كانت أو أمَة (١٢/ ٣٢) (٦٧٤٩).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٣١٢).

أحدهما ـ وهو ظاهر النص[١] ـ: الوجوب، لثبوت اليد عليه، تبعاً لثبوت اليد على الأم، ويُحكى هذا عن الأنماطِيِّ وأبي الطيِّب بن سلمة، واختيار[٢] القَفَّال[٣].

والثاني: المنع[٤]، وبه قال أبو إسحاق، واختاره الشيخ أبو مُحمَّد، والإمام[٥]، وصاحب «التهذيب»[٦]؛ لأن حياته[٧] غير متيقنة[٨]، وسبب الضمان هلاك رقيقٍ تحت يده.

ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتاً. وإن أوجبنا الضمان، فنوجب قيمته[٩] يوم الانفصال لو كان حيّاً في ولد الجارية والبهيمة سواء[١٠].

---

(١) قال الشافعي: «فإن كان الغاصب هو أصابها فولدت منه أولاداً فعاش بعضهم ومات بعض، أخذ المغصوب الجارية وقيمة من مات من أولادها». «الأم» (٣/ ٢٥٢). انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٣).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (واختاره).

(٣) وهو قول ابن سريج. «الحاوي» (٨/ ٤٣٧).

(٤) قال الشافعي: «ولا يرجع عليه بقيمة من سقط منهم ميتاً». «الأم» (٣/ ٢٥٢). قال الماوردي: «وهو الأصح، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة». «الحاوي» (٨/ ٤٣٧). وكذا رجحه الغزالي في «الوسيط» (٣/ ٤١٩).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٠٧-٢٠٨).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٣١٣)، وقال عن النصّ المتقدم: «والنصّ محمول على ما إذا خرج حياً ثم مات».

(٧) في (ز): (حياته)، وفي غيرها: (جنايته).

(٨) كذا في (ظ)، وفي (ز)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (منتفية). والصواب ما أثبته، حيث يتوافق مع الحكم. وقال في «الحاوي» (٨/ ٤٣٧): «لأننا لم نعلم له حياة متيقنة». وقال في «الوسيط» (٣/ ٤١٩): «لأنه لم يستيقن حياته».

(٩) في (ز)، (ظ): (قيمة).

(١٠) في (ز): (معاً).

وخرّج الإمام[١] وجهاً آخر[٢] في ولد الجارية: أنه يُضمن بعشر قيمة الأم، تنزيلًا للغاصب منزلة الجاني الذي يترتب[٣] على جنايته الإجهاض[٤].

وإن كان الواطىء جاهلاً بالتحريم: فالولد نسيبٌ حرٌّ؛ للشبهة[٥]، وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال[٦]، إن انفصل حيّاً؛ لأنّ التقويم قبله غير ممكن.

وإن انفصل ميتاً، فإما أن ينفصل بنفسه، أو بجناية جانٍ[٧]. أما على التقدير الأول، فالمشهور: أنه لا يلزمه قيمته؛ لأنا لا نتيقن حياته[٨]، وأن الغاصب أتلفه[٩]، ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتاً حالة العلم، حيث ذكرنا في وجوب الضمان وجهين؛ لأن الرقيق يدخل تحت اليد[١٠] والغَصْب، فجعل تبعاً للأم فيه. وفي «التتمّة» حكاية وجه هاهنا أيضاً: أنه تلزمه القيمة؛ لأن الظاهر الحياة[١١].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢٠٧-٢٠٨).

(٢) من قوله: (في ولد) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) في (ز)، (ظ): (يرتب).

(٤) انظر ما سيرد (١٨/ ٤٤٨-٤٤٩).

الإجهاض: من قولهم: أجهضت الناقة والمرأة ولدها إجهاضاً، أي أسقطته ناقص الخلق فهي جَهِيض ومُجهضة، والجهيض والجِهض: الولد السقط، أو ما تم خلقه ونُفخ فيه روحه من غير أن يعيش. انظر: «القاموس المحيط» باب الضاد، فصل الجيم ص٦٣٩ (جهض)، «المصباح المنير» (١/ ١١٣) (أجهضت).

(٥) قوله: (للشبهة) سقط من (ز).

(٦) لأنه لولا شبهته لكان رقيقاً، فصار بالشبهة مستهلكاً لرقه، فيضمن قيمته. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٩).

(٧) قوله: (جان) زيادة في (ز)، (ظ).

(٨) كذا في (ز)، وفي غيرها: (جناية).

(٩) «ولا يلزم الضمان بالشك». «التهذيب» (٤/ ٣١٣).

(١٠) قوله هذا، إشارة إلى القاعدة الفقهية: «الحر لا يدخل تحت اليد»، وبخلافه الرقيق. انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص١١١.

(١١) في (ظ): (الجناية).

وأما على التقدير الثاني، فعلى الجاني ضمانه؛ لأن الانفصال عَقِيب الضرب يغلب على الظنّ أنه كان حيّاً[١] فمات بفعله، وللمالك الضمان على الغاصب، بخلاف ما إذا انفصل ميتاً من غير جناية؛ لأنه لا بدل له هناك، وهاهنا يقوّم له، فيقوّم عليه، وكان حقّ المالك تعلق ببدله، كما لو قُتل العبد الجاني يتعلّق حقّ[٢] المجني عليه ببدله. ولو مات فات حقه.

ثم الذي يجب على الجاني الغرّة[٣]، والذي يجب للمالك عُشر قيمة الأم[٤]؛ لأن الجنين الرقيق به يُضمن، فإن كانت قيمة الغرّة وعُشر قيمة الأم سواء، ضمن الغاصب للمالك عُشْر قيمة الأم، وإن كانت قيمة الغرّة [٥] أكثر، فكذلك، والزيادة تستقرّ له بحق الإرث[٦].

وإن نقصت الغرة عن العُشر، فوجهان:

أظهرهما: أنه يضمن للمالك تمام العشر؛ لأنه لما انفصل متقوّماً كان بمثابة ما لو انفصل حيّاً، ولأن بدله إنما نقص[٧] عن العُشر بسبب الحرّية الحاصلة بظنه[٨].

والثاني: أنه لا يضمن[٩] إلا قدر الغُرّة، ويعبر عنه بأن الواجب أقلّ الأمرين

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٣١٣).

(٢) قوله: (حق) سقط من (ظ)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (العبد).

(٣) ويضمنه بغرة عبد، لأنه جنين حر، وتكون الغرة للواطئ. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٩).

(٤) لأن حق السيد في القيمة. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٣).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الأم).

(٦) لأنه أبوه. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٩).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يقصر).

(٨) لأنه بجهله بالتحريم صار الولد حراً نسيباً، والنقصان كان لحريته. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٣).

(٩) في (ط الفكر): (يجوز).

من العُشر والغرة، ووجهه: أن مثبت[١] وجوب الضمان يقوّمه عليه، فلا يضمن فوق ما يحصل له.

وإن انفصل ميتاً بجناية الغاصب نفسه، لزمه الضمان؛ لأن ما وجد منه سبب[٢] الضمان، إلا أنه لا يستحقّ على نفسه شيئاً.

ولو أحبل الغاصب الجارية، ومات وخلّف أباه، ثم انفصل الجنين ميتاً بجناية جانٍ، فالغُرّة تكون لجدّ الجنين.

وعن القاضي الحسين[٣]: أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب لو كان حيّاً. وعنه: أنه لو كان مع الغاصب أم أم الجنين، فورثت سدس الغُرة، يُقطع النظر عنه، ويُنظر إلى عُشر قيمة الأم، وخمسة أسداس الغُرة، وكأنها كلّ الغُرة.

والجوابان مختلفان: فرأى الإمام إثبات احتمالين في الصورتين، فصار في أحدهما إلى أن من يملك الغُرّة ينبغي أن يضمن للمالك، ويستبعد في الثاني تضمين من لم يغصب، ولا تفرعت يده على يد الغاصب.

وذكر في «التتمة»: أنّ الغُرّة تجب مؤجّلة، فإنما يغرم الغاصب عُشر قيمة الأم إذا أخذ الغُرّة، وللإمام توقف[٤] فيه، هذا ظاهر المذهب في الولد المحكوم بحرّيته.

وفيه طريقة أخرى: أنه لا ينظر إلى عُشر قيمة الأمّ، ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حيّاً، ويُنظر إليه وإلى الغُرّة على التفصيل الذي بينّاه. وأشار في «الوسيط»[٥]

---

(١) في (ز)، (ظ): (سبب).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بسبب).

(٣) قوله: (الحسين) زيادة في (ط العلمية).

(٤) في (ز): (والإمام متوقف)، وفي (ظ): (والإمام يتوقف).

(٥) «الوسيط» (٣/ ٤١٩).

إلى استمداد هذه الطريقة من القول القديم في أن جراح العبد لا تتقدّر؛ لأن عُشر قيمة الأمّ نوع مقدّر. لكنه ليس بواضح، فإن الخلاف في أنّ البدل يتقدّر أولا يتقدّر في أطراف العبد لا في جملته[1]، والفائت هاهنا جملته، وليس لهذا البناء ذكر في كتاب الإمام.

لكنه قال: الطريقة ملتفتة إلى الخلاف في أن ما يُتلف في يد الغاصب من أعضاء العبد المغصوب بآفة سماويّة، أو بجناية غير الغاصب، يُعتبر في حقّه بدله المقدّر في حقّ الجاني، أم ينظر إلى قدر النقصان، فإيجاب العشر من[2] قيمة الأم، إيجاب المقدّر الواجب على الجناية.

وعن بعض الأصحاب: أنّ الغاصب يغرم للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغُرّة، وضعّفه من نقله؛ لأن الغرة إن كانت أكثر، فثبوت[3] الزيادة بسبب الحُرّية، فكيف يستحقّها المالك.

ومن العجب أنّ صاحب «التهذيب»[4] أجاب بهذا الوجه في المشتري من الغاصب، وجوابه في الغاصب ما تقدّم.

ودعوى الجهل في هذا الضرب، كدعواه في الضرب الأول.

وروى المسعودي خلافاً في قبولها لحُريّة الولد، وإن قُبلت لدفع الحدّ، كما رواه في استيلاد المرتهن[5].

---

(١) قوله: (لا في جملته) زيادة في (ز)، (ظ).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بإيجاب العشر في).

(٣) في (ز): (فسدت).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٣١٥).

(٥) انظر ما سلف (٧/ ٣٧).

ويجب في حالتي العلم والجهل: أرش نقصان الجارية إن نقصت بالولادة[١]، فإن تلفت عنده وجب أقصى القيم، ودخل فيه نقصان الولادة، وأرش البكارة[٢].

ولو ردّها وهي حُبلى، فماتت في يد المالك من الولادة[٣]، ذكر أبو عبد الله القَطَّان[٤] في «المطارحات»: أنه لا شيء عليه في صورة العلم؛ لأن الولد ليس منه حتى يقال: ماتت من ولادة ولده، وإن في صورة الجهل قولين.

واعلم أنّ لوجوب الضمان في هذه الصورة مأخذين: **أحدهما**: أنه أحبل جارية الغير إما بالشبهة، أو بالزّنى، وفي كونه سبباً للضمان ما قدّمناه في الرّهن[٥].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإن نقصت بالولادة).
انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٨)، «التهذيب» (٤/ ٣١٢).

(٢) «الحاوي» (٨/ ٤٣٨).
«لأن ذلك ضمان نقص الأجزاء وقد ضمن هو الجملة، فدخل فيها نقص ضمان الأجزاء». «التهذيب» (٤/ ٣١٣).

(٣) ذكر الماوردي: أنها لو ماتت بعد تسليمها بالوضع من الولادة: أولًا: إن كان وطئها بالشبهة (أي في حالة الجهل)، ضمن قيمتها قولاً واحداً، لأن ولد الشبهة لاحقٌ به، فكان سبب تلفها غير منقطع عن الغاصب. ثانياً: إن كان وطئها مع عدم الشبهة (أي في حالة العلم)، ففيه قولان، مبنيان على اختلاف قوليه في الزاني بالحرة إذا ماتت في ولادتها من الزنى، هل يضمن ديتها؟: أحدهما: يضمن، لموتها بسببٍ منه، هو متعدٍّ به. الثاني: لا يضمن، لأن السبب انقطع حكمه بنفيه عنه. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٨ - ٤٣٩).

(٤) أبو عبد الله القطان: أبو عبد الله الحسين بن محمد المعروف بالقطان، وبصاحب «المطارحات»، ذكر النووي أنه من أصحاب الوجوه. قال الإسنوي: «لم أقف له على تاريخ وفاة». وقد وضع كتابه هذا ليتطارح به الفقهاء عند اجتماعهم، يمتحن بعضهم بعضاً، لدقته كما يُمتحن بالألغاز، وقد نسبه بعضهم لأبي الحسين بن القطان. انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (٢/ ٢٠٦) (١٠٣١)، «طبقات الشافعية» (الحسيني) ص١٥٣ - ١٥٤، «كشف الظنون» (٢/ ١٧١٣ - ١٧١٤).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المرتهن).
انظر ما سلف (٧/ ٣٧).

والثاني: أنه حصل نقصان الحمل تحت اليد العادِية[١]، وذلك سبب الضمان، وإن وجد أثره بعد الردّ إلى المالك، كما لو جنى المغصوب عند الغاصب فردّه، ثم بيع في يد المالك.

وأطلق صاحب «التتمّة» القول بوجوب الضمان؛ للمأخذ الثاني.

وقوله في الكتاب: (وضمن المشتري قيمته، ورجع بها على الغاصب؛ إذ الشراء لا يوجب ضمان الولد)، الكلام في الرجوع أخرناه إلى الفصل التالي لهذا الفصل، وقد كرّره[٢] هناك، وفي ذكره هناك[٣] غُنية عن الذّكر هاهنا. وقوله: (فلا ضمان؛ لأنّ الحياة لم تتيقن)، معلمٌ بالواو. ويجوز إعلام قوله: (وضمانه عُشر قيمة الأم) بالحاء؛ لما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

فرع:

في «ذخيرة البندنيجي»: لو وطئ الغاصب بإذن المالك: فحيث لا نوجب[٤] المهر لو لم يأذن، فهاهنا أولى، وحيث نوجبه، فقولان؛ محافظة على حُرمة البُضْعِ، وفي قيمة الولد طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في المهر.

والثاني: القطع بالوجوب؛ لأنه لم يصرّح بالإذن في الإحبال، والله أعلم بالصواب.

---

(١) قوله: (العادية) زيادة في (ز)، (ظ).

(٢) في (ظ): (ذكره).

(٣) قوله: (وفي ذكره هناك) سقط من (ز).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يجب).

قال:

(ويـضـمـنُ المشـتري (ح) أُجرةَ المنفعةِ التي فاتت تحتَ يدِه، ومهرَ المثلِ عند الوَطء، وقيمةَ الولدِ عندَ انعقادِه حُرّاً، ويرجعُ بكلِّ ذلك على الغاصب مهما كانَ جاهلاً.

ويَغرمُ قيمةَ العينِ إذا تلفتْ ولا يَرجِع. وكذا المُتزوِّجُ من الغاصبِ لا يرجعُ بالمهر. وهل يرجعُ المشتري بقيمةِ منفعةٍ استوفاها؟ فيه قولا الغُرور. ولو بنى فقلعَ بناءَهُ فالأَولى أن يرجعَ بأرشِ النَّقص.

ولو تعيَّبَ في يدِه، نصَّ الشافعيُّ أنه يرجع (ز)؛ لأنّ العقدَ لا يوجبُ ضمانَ الأجزاء بخلافِ الجملة، وكذا إذا تعيَّبَ قبلَ القبضِ لم يكنْ للمشتري الأرش، ولو اشترى عبداً لجارية، وردَّ الجاريةَ بعيبٍ، وبالعبدِ عيبٌ حادثٌ؛ لزمَه قَبولُ العبدِ أو طلبُ قيمتِه، وليس له طلبُ الأرشِ مع العبد، ولذلك فُرِّقَ بينَ الجزءِ والجُملة).

المقصد[١] **الثاني**: الكلام في ما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم[٢]، وما لا يرجع، ويتبيّن[٣] في خلاله ما يغرمه وما لا يغرمه. وفيه[٤] وفي سائر الأيدي المترتبة على يد[٥] الغاصب، مسائل نشرح ما في الكتاب منها، غير مبالين بما يحتاج إليه من تغيير نظمه، ونضيف إليها ما يتفق.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الفصل).

(٢) في (ز)، (ظ): (غرمه).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وسنبين).

(٤) قوله: (وفيه) زيادة في (ظ).

(٥) كذا في (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ز)، (ظ): (تصرفات).

الأولى: إذا تلفت العَيْنُ المغصوبة عند المشتري، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف[١].

ولا يضمن الزيادة التي كانت في يد الغاصب، إن كانت في يده أكثر قيمة[٢]، ولا يرجع بما يضمنه عالماً كان أو جاهلاً[٣]؛ لأنّ الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه، وإن كان الشراء صحيحاً[٤].

ولك أن تقول: إن كان المراد من كونه عقد ضمان: أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله[٥]، واستقرّ عليه الثمن، فهذا مسلّم، لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف، فكان

(١) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤٠)، «المهذب» (١٤/ ٢٦٩).

(٢) «لأن المشتري لا يكون طريقاً في ما تلف في يد الغاصب، لأنه لم يدخل في يده». «التهذيب» (٤/ ٣١٧).

(٣) أي عالماً بغصب البائع، أو جاهلًا به.

(٤) الضابط هنا: أن ما شرع فيه المشتري على أن يضمنه لم يرجع به على الغاصب، وما شرع فيه على ألا يضمنه مثل ضمان المنافع ففيه تفصيل. انظر: «المهذب» (١٤/ ٢٦٩)، «التهذيب» (٤/ ٣١٦).
وذكر الماوردي أن ما يغرمه المشتري الجاهل ثلاثة أقسام: **الأول**: لا يرجع به على الغاصب، وهو ما كان مضموناً عليه بالعقد، ومنه القيمة عند التلف، وهنا اعتراض الرافعي أن الذي يضمنه المشتري هو الثمن لا القيمة، بل لو أدى الثمن وتلف المبيع لم يلزمه شيء، فإيجاب الضمان عليه هنا من قبل تغرير الغاصب إياه، وبالتالي فليرجع عليه.
الثاني: يرجع به على الغاصب، وهو ما كان غير مضمون عليه بالعقد ولم يكن في مقابلة عوض، مثل قيمة الأولاد.
الثالث: مختلف فيه، وهو ما كان غير مضمون عليه بالعقد، لكنه في مقابلة عوض مثل المهر والأجرة. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤١).

(٥) في (ز): (ضمانه).

الغاصب مغرِّراً موقِعاً إياه في خطر الضَّمان، فليرجع عليه. وإن كان المراد غيره، فلِمَ قلتم: إن الشراء عقد ضمان؟ على تفسير[١] آخر؟

وربما انساق هذا الإشكال إلى ما حُكي عن صاحب «التقريب»: أنه يرجع من المغروم بما زاد على قدر الثمن، سواء اشتراه رخيصاً في الابتداء، أو زادت القيمة بعد الشراء، وأنه إذا رجع بما زاد على الثمن[٢] لم يلحقه ضرر.

الثانية: تعيّب المغصوب عند المشتري بعَمى أو شَلَلٍ ونحوهما، ينظر: إن كان بفعل المشتري، فيستقرّ ضمانه عليه، وكذا لو أتلف الكلّ.

وإن كان بآفةٍ سماويّةٍ، فقولان:

أحدهما: عن تخريج الـمُـزَنيّ وغيره: أنه لا يرجع على الغاصب بضمانه، كما لا يرجع بالقيمة عند هلاك الكلّ؛ تسوية بين الجملة والأجزاء، وبهذا أجاب العراقيون، بل أكثر الأصحاب[٣].

والثاني ـ وينسب إلى نَصِّ الشافعي رضي الله عنه ـ: أنه يرجع[٤]، وقرّره ابن سُريج بأنّ العقد يوجب ضمان الجملة، ولا يوجب ضمان الأجزاء على الانفراد، واحتجّ عليه بصورتين:

---

(١) في (ز): (ضمان).

(٢) في (ز) و(ظ): (إذا رجع بما زاد على الثمن واسترد الثمن).

(٣) ذكر النووي: أنه الأظهر. انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٦٣).

(٤) قال الشافعي: «وإذا غصب الرجل جارية فباعها من آخر فحدث بها عند المشتري عيب ثم جاء المغصوب فاستحقها أخذها، وكان بالخيار في أخذ ما نقصها العيب من الغاصب. فإن أخذه منه، لم يرجع على المشتري بشيء، ولرب الجارية أن يأخذ ما نقصه العيب الحادث في يد المشتري من المشتري. فإن أخذه من المشتري، رجع به المشتري على الغاصب وبثمنها الذي أخذ منه، لأنه لم يسلم إليه ما اشترى، وسواء كان العيب من السماء أو بجناية آدمي». «الأم» (٣/ ٢٥٤).

إحداهما: أنه لو تعيّب المبيع قبل القبض، لم يكن للمشتري أن يجيز العقد، ويطالبه بجزء من الثمن، بل إما أن يفسخ، أو يُجيز بكلّ الثمن، ولو تلف يستردّ[١] كلّ الثمن.

والثانية: لو اشترى عبداً بجاريةٍ وتقابضا، ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً قديماً، فردّها وقد تلف العبد، فإنه يأخذ قيمته، ولو لم يتلف وتعيّب بعيب حادث، لم يكن له طلب الأرش مع العبد، بل يقنع به، أو يأخذ القيمة.

واعلم أنّ في الصورة الثانية وجهين، ذكرناهما في فصل[٢] الردّ بالعيب[٣]، فلناصر القول الأول أن يمنع ويقول: له استرداد[٤] العبد، وطلب أرْش النقصان، وإليه ميل الإمام[٥]. وأما الصورة الأولى، فإن المبيع في يد البائع غير مضمون بالقيمة، بل بالثمن، فإذا تلف سقط الثمن، وإذا تعيَّب أمكن ردّه واسترداد جملة الثمن، فلا يُمكّن من طلب الأرش الذي هو تغيير للعقد[٦]، وحَطٌّ من الثمن، وإنما يصار إليه عند الضرورة، فلهذا المعنى لم يثبت الأرش.

الثالثة: منافع المغصوب، يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها، وهل يرجع على الغاصب؟ أما ما استوفاه بالسكون والرُّكوب واللبس، ففيه قولان[٧]، وكذا في الرّجوع بالمهر إذا غرمه بالوطء:

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يستقر).

(٢) في (ز) و(ظ): (فصول).

(٣) انظر ما سلف (٦/ ٢٠٢).

(٤) في (ط العلمية): (باسترداد).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٣/ ٥٤).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (العقد).

(٧) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤١).

أحدهما: يرجع؛ لأن الغاصب قد غَرَّهُ، ولم يشرع على أن يضمن المهر والأجرة.

وأصحّهما ـ وهو قوله الجديد[١]، وبه قال أبو حنيفة[٢] ـ: أنه لا يرجع؛ لأن نفعه عاد إليه، ولأنه أتلف المنفعة، وحوالة الضمان على مباشر الإتلاف أولى.

وأجرى الخلاف في أرش الافْتِضَاض إنْ كانت بكراً، وعدم الرّجوع به أظهر[٣]؛ لأنه بدل جزء منها أتلفه، فأشبه ما لو قطع عضواً من أعضائِها. وفي «التهذيب»[٤]: أنّ الخلاف فيه مبني على أنه يفرد عن المهر، أم لا؟ إن أفرد لم يرجع به، وإلّا رجع.

وأما المنافع التي فَاتَتْ تحت يده، ولم يستوفها[٥]: فإن قلنا: يرجع بضمان ما استوفاه، فبضمانها[٦] أولى. وإن قلنا: لا يرجع هناك، فوجهان:

أصحّهما[٧]: الرّجوع أيضاً[٨]؛ لأنه لم يُتْلف[٩]، ولا شرع في العقد على أن يضمنها.

---

(١) قال الشافعي: «ورجع المشتري على البائع بجميع ما ضمّنه المغصوب، لا قيمة الجارية ومهرها فقط». «الأم» (٣/ ٢٥٢).

(٢) قال السرخسي: «ويرجع المشتري على البائع بالثمن وقيمة الولد، لأجل الغرور، ولا يرجع بالعقر، لأنه إنما لزمه بما نال من لذة الوطء، فلا يرجع به على غيره» «المبسوط» (١٠/ ٧١).

(٣) وقطع به الماوردي. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤١).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٣١٥).

(٥) مثل أولاد الجارية المغصوبة.

(٦) كذا في (ز)، (ظ)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (فضمانها).

(٧) وقطع به الماوردي. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤١).

(٨) قوله: (أيضاً) سقط من (ظ).

(٩) في (ز): (لأنه تلف).

والثاني: لا يرجع؛ تنزيلاً للتلف تحت يده منزلة الإتلاف.

الرابعة: إذا غرم قيمة الولد عند انعقاده حُرّاً: رجع به على الغاصب؛ لأنه شرع في العقد على أن يسلّم الولد حُرّاً من غير غرامة، ولم يوجد[1] منه تفويت[2].

وعن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني طريقة أُخرى في «شرح الفروع»: أنّ الرّجوع بها كالرجوع بالمهر؛ لأنّ نفع حُريّة الولد تعود إليه. والمشهور الأول.

وأرش نقصان الولادة: قطع العراقيون بأنه يرجع به[3]، وعن غيرهم خلاف[4].

قال الإمام[5]: وسبيله سبيل النقصان الحاصل بسائر الآفات السماويّة، فيجيء فيه ما ذكرناه من الخلاف السابق.

ولو وهب الجارية المغصوبة، فاستولدها المتّهب جاهلاً بالحال، وغرم قيمة الولد، ففي الرّجوع بها وجهان[6]. وجه الفرق: أن الواهب متبرّع، والبائع ضامنُ سلامةِ الولد له بلا غرامة.

الخامسة: إذا بنى المشتري أو غَرَسَ في الأرض المغصوبة، فجاء المالك ونَقَضَ بناءه، وغَرْسَه[7]، هل يرجع بأرش النقصان على الغاصب؟ فيه وجهان:

---

(١) في (ط الفكر): (يصدر).

(٢) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤١).

(٣) وقطع الماوردي بخلافه، وهو أن المشتري لا يرجع به على الغاصب. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤١).

(٤) في (ز): (خلافه).

قال النووي: «ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب». «روضة الطالبين» (٥/ ٦٤).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٤/ ٢١٧-٢١٨).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٩).

(٧) في (ز)، (ظ): (وغراسه).

أحدهما: لا، كما لا يرجع بما أنفق على العمـارة، وكأنه بالبناء متلف ماله.

وأظهرهما[١]: نعم؛ لشروعه في العقد على ظنّ السّلامة، وإنما جاءه هذا الضرر من تغرير الغاصب، وهذا ما ذكره[٢] العراقيون. وقد ذكرنا طرفاً من الـمسألة في الضمان[٣].

وذكر في «التهذيب»[٤]: أن القياس ألا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد[٥]، وما أدّى من خراج الأرض؛ لأنه شرع في الشراء على أن يضمنها.

السـادسة: لو زوّج الغـاصب الجـاريـة المغصـوبة، فـوطئهـا الزّوج جاهلاً بالحال، غرم مهر المثل للمالك، ولا يرجع به على الغاصب؛ لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر، ويخالف ما إذا غَرَّ بحُرّية أَمَة وغرم المهر، حيث يرجع على الغارّ على أحد القولين؛ لأن النكاح ثمَّ صحيح، والبُضْع مملوك له، فإذا فسخ، اقتضى الفسخ استرداد ما بذله[٦]، وهاهنا النكاح باطل، وإنما غرم لإتلافه منفعة البُضع،

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٢٣).

(٢) في (ز)، (ظ): (أورده).

(٣) قال الرافعي: «والظاهر وجوبه، وهو الذي حكاه القاضي أبو القاسم الصيمري عن الشافعي رضي الله عنه في «علل الشروط»». انظر ما سلف (٧/ ٤٦٤).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٣١٦).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (العمارة) والمسألة المقيس عليها: أن الغاصب لا يرجع بما أنفقه على العبد المغصوب، لأن ما يحدث منها أثر لا عين. قال الشافعي: «والرقيق يغصبهم صغاراً بهم مرض، فيداويهم وتعظم نفقته عليهم حتى يأتي صاحبهم وقد أنفق عليهم أضعاف أثمانهم، وإنما ماله في أثرٍ عليهم لا عين». «الأم» (٣/ ٢٥٩).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بذل له).

حتى لو كان المغرور ممن لا يحلّ له نكاح الأمَة[١]، لم يثبت له الرّجوع بالمهر؛ لبطلان النكاح[٢].

ولو استخدمها الزوج، وغرم الأجرة، لم يرجع على الغاصب؛ لأنه بالتزويج[٣] لم يسلطه على الاستخدام، بخلاف الوطء[٤].

ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده؛ لأنه ما استوفاها[٥]، ولا شرع على أنه يضمنها، والقول في قيمتها لو تلفت في يده قد تقدّم، فإن غرمها رجع بها.

قال الأئمة: والضابط في هذه المسائل: أن ينظر في ما غرمه إنْ[٦] تَرتَّبَت يده على يد الغاصب عن جهل: إن شرع فيه على أن يضمنه لم يرجع به. وإن شرع على أنه لا يضمنه؛ فإن لم يستوفِ ما يقابله رجع به، وإن استوفاه ففيه قولان[٧].

وعلى هذا، فلو كان المغصوب شاةً فنَتَجَتْ في يد المشتري، أو شجرةً

---

(١) بأن يكون واجداً لطوْل الحرة، أو غير خائف من العنت. انظر شروط جواز نكاح الحر الأمة، «التهذيب» (٥/ ٣٨٢)، وهي مستفادة من قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾، إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾. [النساء: ٢٥].

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٧ - ٣١٨).

(٣) قوله: (بالتزويج) زيادة في (ز)، (ظ).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٨).

(٥) مثل ولد الجارية المغصوبة، لو هلك في يد المشتري، غرم قيمته ويرجع على الغاصب.

(٦) في (ظ)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (من).

(٧) في القديم: يرجع على الغاصب. وفي الجديد: لا يرجع عليه.
وقد تقدمت الإشارة إلى أصل هذه المسألة. انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤١)، «المهذب» (١٤/ ٢٦٩).

فأثمرت، فأكل فائدتها، وغرمها[١] للمالك، ففي الرجوع بما غرم على[٢] الغاصب قولان كالمهر.

وإن هلكت تحت يده، فالحكم كما في المنافع التي لم يستوفها[٣]. ذكره في «التتمّة». وكذا القول في الأكساب.

وإن انفصل الولد ميتاً، فالظاهر أنه لا ضمان، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب.

ولو استرضع المشتري الجارية في ولده، أو ولد غيره، وغرم أجرة مثلها، ففي الرجوع قولان[٤] كالمهر. ويغرم المشتري اللبن[٥]، وإن انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك، كما لو غصب علفاً، وأعلف[٦] به بهيمة مالكه. لكن قال صاحب «التهذيب»[٧]: وجب أن يرجع به[٨] على الغاصب؛ لأنه لم يشرع فيه على أن يضمنه، ولا عاد نفعه إليه.

ولو أجر العين المغصوبة: غرم المستأجر أجرة المثل للمالك، ولم يرجع بها على الغاصب؛ لأنه شرع فيه على أن يضمنها[٩]، ويستردّ الأجرة المسمّاة.

---

(١) في (ز): (فائدتهما وغرمها)، وفي (ظ): (فائدتهما وغرمهما).

(٢) قوله: (على) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) قوله: (التي لم يستوفها) سقط من (ز).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٥).

(٥) هذا في لبن الشاة المغصوبة، حيث يغرمه المشتري بالمثل. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٥).

(٦) في (ز)، (ظ): (وعلف).

يقال: عَلَفْتُ الدابة عَلفاً، وأعلفتُهُ بالألف لغة. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٢٥) (علفت).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٣١٦).

(٨) قوله: (به) سقط من (ز).

(٩) أي يضمن المنفعة. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٧).

ولو أعارها: رجع المستعير بما غرم للمنافع التي فاتت تحت يده[١]، وفي الرجوع بما غرم[٢] للمنافع التي استوفاها القولان[٣]، وكذا ما غرم للأجزاء[٤] التالفة بالاستعمال[٥].

واعلم أنّ كلّ ما لو غرمه المشتري ورجع[٦] به على الغاصب، فلو طولب به الغاصب وغرمه، لم يرجع به على[٧] المشتري.

وكلّ ما لو غرمه المشتري ولم يرجع به على الغاصب، فلو غرمه الغاصب، رجع به على المشتري[٨].

وكذا الحُكْم في[٩] غير المشتري[١٠]، ممن ترتبت يده على يد الغاصب.

وقوله في الكتاب: (ويرجع بكلّ ذلك على الغاصب)، جوابٌ في المهر المغروم عند الوطء بقول الرّجوع، وقد مَرَّ أنّ أصحّ القولين ـ ومذهب أبي حنيفة ـ:

---

(١) لأن يده يد ضمان.

(٢) وهي الأجرة.

(٣) انظر: «الحاوي» (٨/ ٤٤٤).

(٤) كذا في (ز)، (ظ)، وفي غيرهما: (غرم الأجزاء).

(٥) وهو أرش البلى. وقطع البغوي برجوعه على الغاصب، لأنه لم يشرع فيه على أن يضمن الأجزاء. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣١٨).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يرجع).

(٧) قوله: (على) سقط من (ظ).

(٨) في (ط الفكر): (ولم يرجع به على الغاصب، لم يرجع به على المشتري)، وفي (ط العلمية): (ولم يرجع به على الغاصب، لم يرجع به المشتري).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيمن).

(١٠) قوله: (وكذا الحكم في غير المشتري) سقط من (ظ).

منع الرجوع[1]، فيجوز أن يعلم ما ذكره بالحاء والواو؛ لذلك، وأيضاً: فللوجه المذكور في المنافع الفائتة تحت يده، وأيضاً[2]: فللطريقة المرويّة في قيمة الولد.

وقوله: (وهل يرجع المشتري بقيمة منفعةٍ استوفاها؟)، يدخل فيه منفعة البُضْع المستوفاة بالوطء، كما يدخل سائر المنافع، وإجراؤه على إطلاقه ممكن، ففي جميع ذلك قولان كما سبق، لكن الأشبه: أنه أراد ما سوى منفعة البُضْع.

فأما إذا وطئ وغرم المهر، فقد[3] ذكره مرّةً، وحكم فيه بالرّجوع على الغاصب.

وقوله: (فيه قولا الغرور)، أي: ومباشرة الإتلافات، على ما مرَّ في تقديم الطّعام المغصوب، فحذف أحد الطرفين.

وأعلم قوله في نقل النص في التعيُّب: (أنه يرجع)، بالزاي، إشارةً إلى تخريج المُزَنيّ.

وقوله: (وليس له طلب الأرش)، يجوز إعلامه بالواو.

وقوله: (وكذلك فرق بين الجزء والجملة)، هكذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها: (ولذلك فرّق) أي: الشافعي رضي الله عنه، وهما صحيحان.

---

(١) تقدمت الإشارة إليه (ص ١٠٠). انظر: «المبسوط» (١٠/ ٧١).

(٢) من قوله: (فللوجه) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وأما إذا وطئ وغرم المهر وقد).

قال:

(ونُقصانُ الولادةِ لا يُجبَرُ[1] (ح) بالولد؛ فإنّ الولَد زيادةٌ جديدة).

إذا انتقصت الجارية بالولادة، وكان الولد رقيقاً، تفي قيمته ببعض نقصانها، أو بكلّه، لم ينجبر به النقصان، بل الولد له، ويأخذ الأرش، خلافاً لأبي حنيفة[2].

لنا: أنّ الولد زيادة تحدث على ملكه، ألا تَرَى أنه يسلّم له، وإن لم يكن في الأمّ نقصان، وملكه لا يجبر نقصان ملكه.

ولو ماتت الأُمّ من الولادة، والولد وافٍ بقيمتها، فلهم فيه اختلاف[3].

وقد فرغنا من شرح كتاب الغَصْبِ، ونختمه بمسائل منثورة:

منها: حمّالٌ[4] أسند خشبةً تعب بحملها إلى جدارٍ ليستريح: إن كان الجدار لغيره، ولم يأذن في إسناده إليه، فهو متعدٍّ، يضمن الجدار إن وقع بإسناده إليه[5]، ويضمن ما

---

(١) في (ز): (لا ينجبر).

(٢) قال الكاساني: «ثم ينظر إن كان في قيمة الولد وفاء لنقصان الولادة، انجبر به، ولا شيء على الغاصب. وإن لم يكن في قيمته وفاء بالنقصان، انجبر بقدره وضمن الباقي استحساناً». وهذا عندهم، لأن النقص بالولادة نقصان في الصورة لا في المعنى، فلا يكون مضموناً، كالسِّمَن إذا نقص ثم عاد، صار كأن لم يكن. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٥٧ - ١٥٨).

(٣) في هذه المسألة عند الحنفية ثلاث روايات: الأولى: يبرأ الغاصب برد الولد. الثانية: يُجبر بالولد قدر نقصان الولادة، ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم. الثالثة ـ وهي ظاهر الرواية ـ: عليه قيمتها يوم الغصب كاملة، وذلك لأنها لما ماتت، تبين أن الولادة كانت موتاً من أصله، كالجرح إذا اتصل به زهوق الروح، يكون قتلاً من أصله. انظر: «المبسوط» (١١/ ٦٠)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٥٨).

(٤) قوله: (حمال) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) قوله: (إليه) سقط من (ز).

تـلف بوقوعه عليه. وإن وقعت الـخشبة وأتلفت شيئاً، ضمن إن وقعت في الحال، وإن وقعت بعد ساعة لم يضمن. وإن كان الـجدار له أو لغيره، وقد أذن في إسناده إليه، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة[١] في الحال، أو بعد ساعة، تشبيهاً بفتح رأس الزّقّ.

ومنها: غصب داراً ونقضها، وأتلف النقض: ضمن النقض وما نقص من قيمة العَرْصَة. وحكى الشيخ أبو حامد وجهين في أنه يضمن أجرة مثلها داراً[٢] إلى وقت الردّ، أو إلى وقت النقض.

ومنها: غصب شاة، وأنْزَى[٣] عليها فحلًا: فالولد للمغصوب منه[٤]، ولو غصب فحلاً وأنزاه على شاته[٥] فالولد للغاصب، ولا شيء عليه للإنزاء؛ لنهيه عليه السّلام «عن عَسب[٦] الفحل»[٧]، فإن انتقض غرم الأرش. ولك أن تقول: وجب

---

(١) قوله: (الخشبة) سقط من (ز).

(٢) قوله: (داراً) سقط من (ز).

(٣) أنزى: يقال: نزا الفحل نزواً ونَزَواناً والاسم النِزَاء، ويتعدى بالهمزة والتضعيف فيقال: أنزاه صاحبه ونزّاه تنزية، وأصله: الوثب، وقال بعضهم: الوثب إلى فوق. ومنه نزو التيس، ولا يقال إلا للشاء والدواب والبقر في معنى السفاد. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٠١) (نزا)، «تاج العروس» فصل النون، باب الواو والياء (١٠/ ٣٦٥) (نزا).

(٤) قال الشافعي: «ولو غصبه شاة فأنزى عليها تيساً فجاءت بولد، كانت الشاة والولد للمغصوب، ولا شيء للغاصب في عسب التيس». «الأم» (٣/ ٢٦٠).

(٥) من قوله: (فالولد للمغصوب) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية) من هذا الموضع، ومثبتة في موضع آخر بعد قوله: (ولك أن تقول).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (عسيب).

والعسب: يقال عَسَبَ الفحلُ الناقةَ عسباً، وهو: ضراب الفحل وطرقه، وقيل ماؤه ونسله. أما العسيـب فهو: عظم الذنـب، أو منبـت الشعر منه. انـظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الباء (١/ ٣٨٠) (عسب)، «المصباح المنير» (٢/ ٤٠٨ - ٤٠٩) (عسب).

(٧) الفحل: الذكر من الحيوان، وجمعه فحول وفِحَال. انظر: «الـمصباح المنير» (٢/ ٤٦٣) (الفحل). =

أن يخرج وجوب شيء؛ للإنزاء، على الخلاف في جواز الاستئجار للإنزاء[1].

ومنها: غصب جاريةً ناهداً[2] فتدلّى نهداها[3]، أو عبداً شاباً فشاخ[4]، أو أمرد[5] فالتحى، ضمن[6] النقصان[7].

وعن أبي حنيفة[8]: أنه لا يضمن في الأمرد.

= والحديث أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب عسب الفحل (٤/ ٤٦١) (٢٢٨٤). وأبو داود، كتاب البيوع، باب في عسب الفحل (٣/ ٢٦٧) (٣٤٢٩). والترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (٢/ ٣٧٢) (١٢٩١). والنسائي، كتاب البيوع، باب بيع ضراب الجمل (٧/ ٣١٠).

(١) قوله: (للإنزاء) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).
وفي جواز الاستئجار للانزاء وجهان: أصحهما: المنع، لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك، بل يتعلق باختيار الفعل. والثاني: يجوز، كالاستئجار لتلقيح النّخل. انظر ما سلف (٦/ ٧).

(٢) ناهد: وناهدة ونواهد، يقال: نهد الثدي ينهد نهوداً، إذا كعب وأشرف وانتبر، أي إذا ارتفع عن الصدر وصار له حجم، ويسمى الثدي نهداً لارتفاعه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٢٧) (نهد)، «تاج العروس» فصل النون، باب الدال (٢/ ٥١٩) (نهد).

(٣) في (ز)، (ظ): (ثديها).

(٤) شاخ: يشيخ، والشيخ منْ استبانت فيه السن وظهر عليه الشيب، وهو فوق الكهل، من خمسين أو إحدى وخمسين إلى آخر عمره. انظر: «تاج العروس» فصل الشين، باب الخاء (٢/ ٢٦٥) (شاخ، شوخ)، «المصباح المنير» (١/ ٣٢٩) (الشيخ).

(٥) أمرد: يقال: مرد الغلام مَرَداً، إذا أبطأ نبات وجهه، وقيل: إذا لم تنبت لحيته. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٦٨) (مَرِدَ).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (غرم).

(٧) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٢٥٥).

(٨) وهذا عندهم، لأن نبات اللحية للأمرد ليس بنقصان، بل هو زيادة في الرجال. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٥٦).

ولو غصب خشبة، واتخذ منها أبواباً وسَمَّرها بمسامير من عنده[١]، نزع المسامير، وإن انتقضت الأبواب بذلك، ضمن الأرش[٢]، ولو بَذَلَها، ففي إجبار المغصوب منه على قبُولها وجهان، ذكرناهما في نظائرها.

ومنها: غصب ثوباً ونجّسه، أو نجس عنده: لم يكن له تطهيره، ولا للمالك أن يكلّفه التطهير، ولو غسله وانتقصت قيمته، ضمن النقصان، ولو ردّه نجساً، فمؤونة التطهير على الغاصب، وكذا أرش النقصان اللازم منه. وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره[٣] إهلاك، وتنجيس الدّهن ينبني على إمكان غسله، إن جوزناه فهو كالثوب.

ومنها: قال في «التتمّة»: لو غصب من الغاصب، فأبرأ المالك الأوّل عن ضمان الغصب، صحّ الإبراء؛ لأنه مطالب بقيمته، فهو كديْنٍ عليه، وإن ملّكه المغصوب برئ، وانقلب الضَّمان على الثاني، حقّاً له. وإن باعه من غاصب الغاصب، أو وهبه منه، وأذن له في القبض، برئ الأوّل. وإن أودعه من الثاني، وقلنا: إنه يصير أمانةً في يده، بَرِئَ الأول أيضاً[٤]. وإن رهنه من الثاني، لم يبرأ واحد منهما عن الضّمان[٥].

---

(١) في (ز): (عند نفسه).

(٢) قال الشافعي: «ولو أنه عمل هذه الألواح أبواباً، ولم يدخل فيها شيئاً من عنده كان هكذا، ولو أدخل فيها من عنده حديداً أو خشباً غيرها، كان عليه أن يميز ماله من مال المغصوب، ثم يدفع إلى المغصوب ماله وما نقص». «الأم» (٣/ ٢٦١).

(٣) قوله: (الذي لا يمكن تطهيره) سقط من (ز).

(٤) بناءً على أن المالك لو أودع المغصوب من الغاصب (الأول) يزول الضمان عنه. انظر: «التهذيب» (٤/ ٢٠).

(٥) لأنه لو رهنه من الأول ابتداءً، لم يبرأ. انظر: «المرجع السابق» (الصفحة نفسها).

ومنها: لو ردّ المغصوب إلى المالك، أو إلى وكيله، أو وليّه: بَرِئَ من الضّمان.

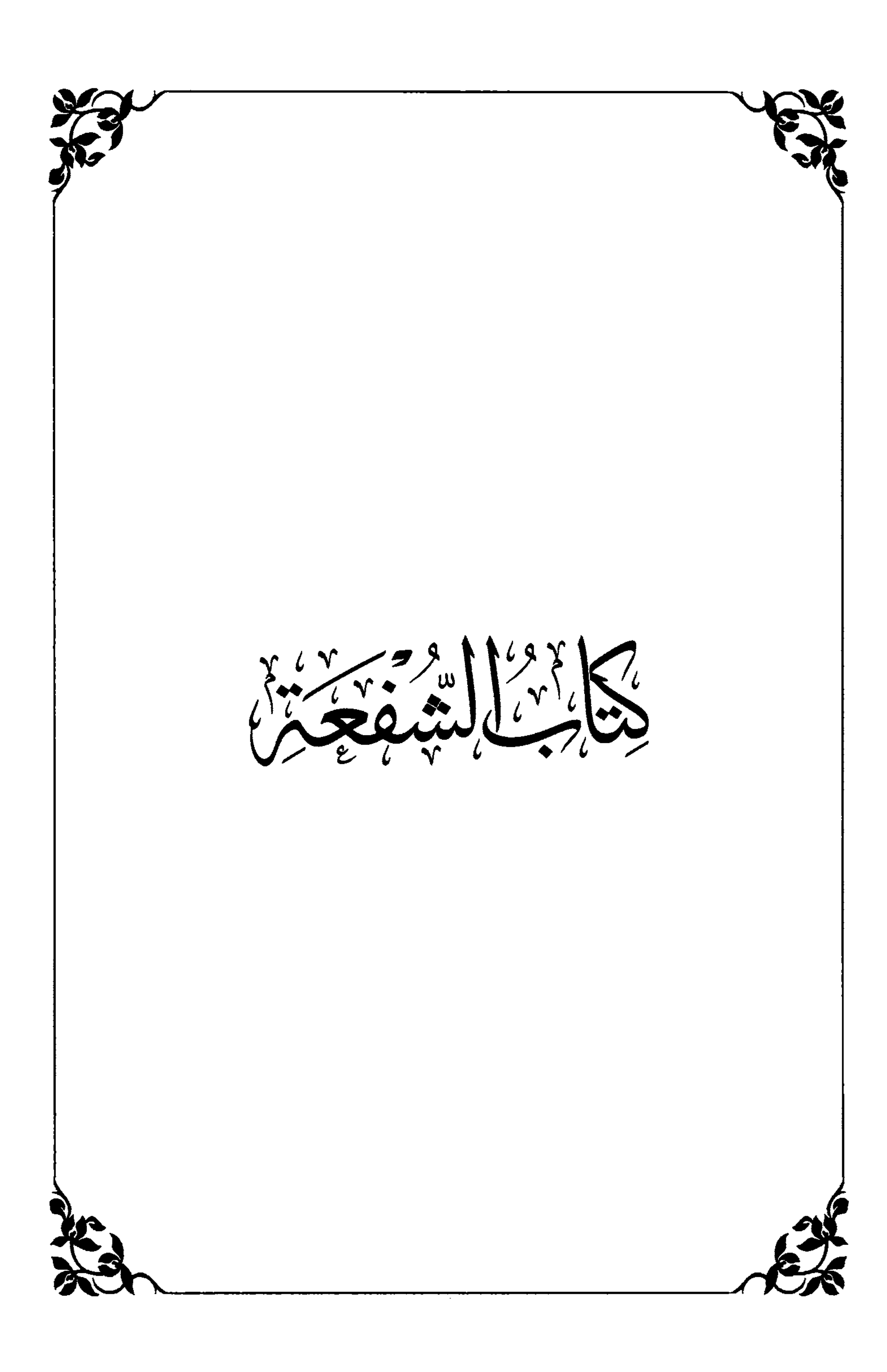
ولو ردّ الدابة إلى إصطبله: قال في «التتمّة»: يبرأ أيضاً إذا علم المالك به، أو أخبره من يُعْتَمدُ خبره. وقيل: إن يعلم[1] ويخبر لا يبرأ، فإن امتنع المالك من الاسترداد، رفع الأمر إلى الحاكم.

ومنها: عن القفّال وغيره: أنّ المالك لو أبرأ غاصب الغاصب عن الضمان، برئ الأول؛ لأنّ القرار على الأول، والثاني كالضامن، وهذا إن فرض بعد تلف المال فهو بَيِّنٌ، وأما قبله فليخرج على صحّة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف مذكور في كتاب الرّهن[2].

* * *

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم يعلم).

(٢) لو رهن المالك ماله من الغاصب، لم يبرأ الغاصب من الضمان، واختار المُزَنيّ: أنه يبرأ.
ولو صرح المالك بإبراء الغاصب مع بقاء المال في يده وجهان، أظهرهما: عدم حصول البراءة.
انظر ما سلف (٧/ ١٣).



كِتَابُ الشُّفْعَةِ

قال رحمه الله:

(كتاب الشُّفْعة[١]

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأوَّل: في أركان الاستحقاق

وهي ثلاثة: المأخوذ، والآخذُ، والمأخوذُ منه.

الأوَّل: المأخوذ: وهو كُلُّ عَقارٍ ثابتٍ مُنقَسم.

احترَزْنا بِـ «العَقار» عن المنـقول؛ فلا شُفْعَةَ فيه للشَّريك[٢]؛ لـخِفّةِ الضَّررِ فيه).

الشفعة: مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شفعاً به، كأن[٣]

---

(١) الشفعة في اللغة: من الشفع خلاف الوتر وهو الزوج، وقال ثعلب: اشتقاقها من الزيادة، وهي أن تشفع في ما تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده، أي أنه كان وتراً واحداً فضم إليه ما زاده وشفعه به. انظر: «تاج العروس» فصل الشين، باب العين (٥/ ٤٠٠) (شفع)، «الصحاح» باب العين، فصل الشين (٣/ ١٢٣٨) (شفع).

واصطلاحاً: «حق تملك قهري، يثبت للشريك القديم على الحادث في ما ملك بعوض». «مغني المحتاج» (٢/ ٢٩٦). وقيل: «استحقاق الشريك انتزاع شقص شريكه ممن انتقل إليه بعوض مالي». (البهوتي، منصور بن يونس) «شرح منتهى الإردات» (٢/ ٤٣٣) (عالم الكتب، بيروت).

وقال الشيخ القونوي في مناسبة إيراد كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب: «من حيث إن كل واحد منهما يفضي إلى تملك مال الإنسان بغير رضاه». «أنيس الفقهاء» ص٢٧١.

(٢) في (ط العلمية): (عن الشريك).

(٣) في (ي): (فإن).

الشّفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه. ويقال: أصل الكلمة: التقوية والإعانة، ومنه الشّفاعة والشّفع[١]؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الوِترَينِ يقوى بالآخر، ومنه شاة شافع: للتي معها ولدها، لتقوّيها به[٢].

وفسرت في الشريعة: بحقّ تملّك[٣] قهري يثبت للشريك القديم على الحادث. وفيه مجال لمضايقات، منها: أن الشركة مأخوذة في هذا التفسير، ولو كان كذلك لما انتظم قولنا: هل تثبت الشفعة للجار أم لا؟[٤].

والأصل في الشُّفعَة: الأخبار التي نوردها متفرّقة في الباب، وكلّ ما يدلّ على مسألةٍ من بابٍ[٥] يدلّ على ثبوت أصل ذلك الباب.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (والشفيع).

(٢) ذكر الماوردي في سبب تسميتها بذلك سببين هما:

١ ـ «أن الرجل كان إذا أراد أن يبيع داره، أتاه جاره أو شريكه فشفع إليه في ما باع، فشفّعه وجعله أولى ممن بعد سببه، فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعاً. وهذا قول أبي محمد بن قتيبة، قاله في «غريب الحديث»». «الحاوي» (٩/ ٤)، انظر أيضاً: «تاج العروس» (٥/ ٤٠٠). فكأن اللفظة مأخوذة من الشفاعة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ مَن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً ﴾ [النساء: ٨٥]. «قال الراغب: أي من انضم إلى غيره وعاونه وصار شفعاً له». «المرجع السابق».

٢ ـ «سُميت بذلك، لأن طالبها جاء تالياً للمشتري فكان ثانياً بعد أول، فسمي شفيعاً، لأن الاثنين شفع والواحد وتر، وسمي الطلب شفعة». «الحاوي» (٩/ ٤).

(٣) في (ز): (ملك).

(٤) قولنا: هل تثبت الشفعة للجار؟ ليس باعتبار التعريف، وإنما تطرقاً لخلاف الحنفية في ذلك، لذا هم يقولون في تعريف الشفعة: هي تملك البقعة جبراً بما قام على المشتري بالشركة والجوار. «التعريفات» ص١٢٧. انظر: «تكملة فتح القدير» (٩/ ٣٦٩).

(٥) قوله: (من باب) سقط من (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (في باب).

واحتجّ بعضهم بالإجماع[1]. لكن نُقِلَ عن جابرِ بنِ زَيْدٍ[2] ـ من التابعين ـ وغيره[3]: إنكار أصل الشُّفعة.

وإذا علمت أنّ لِحَقِّ الشّفعة ثبوتاً، ذهب ذهنك إلى البحث عن أنه بم[4] يثبت، وأنه كيف يؤخَذُ به[5] الشِّقْصُ[6]، وأنه يستمرّ، أو يسقط، وبِمَ يسقط إن سقط؟[7]، وهذه الأمور الثلاثة، هي أبوابُ الكتاب الثلاثة[8].

---

(١) قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم». (ابن المنذر، أبو بكر محمد ابن إبراهيم النيسابوري) «الإشراف على مذاهب أهل العلم» (٢/ ٥)، (المكتبة التجارية، مكة المكرمة).

(٢) جابر بن زيد: جابر بن زيد الأزدي اليحمدي البصري، أبو الشعثاء، فقيه من قدماء التابعين، من الأئمة، من أهل البصرة وأصله من عمان. صحب ابن عباس وروى عنه وعن ابن عمر وابن الزبير وغيرهم، وعنه قتادة وعمرو بن دينار وجماعة. توفي سنة (٩٣هـ)، وقيل غير ذلك، ولما مات قال قتادة: «اليوم مات أعلم أهل العراق». انظر: «تهذيب التهذيب» (١/ ٤٠٥ – ٤٠٦) (١٠٢٣)، «حلية الأولياء» (٣/ ٨٥ – ٩١) (٢١٣).

(٣) قال الماوردي: «إلا من شذ عن الكافة من: الأصم وابن علية، فإنهما أبطلاها رداً للإجماع». وقال رداً على ذلك: «ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً، فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر». «الحاوي» (٩/ ٤ – ٥).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم).

(٥) قوله: (به) زيادة في (ي)، (ز)، وفي (ي): (يؤخذ به الشفعة).

(٦) الشقص ـ بالكسر ـ: الطائفة من الشيء، يُطلق على السهم والنصيب والشرك. انظر: «القاموس المحيط» باب الصاد، فصل الشين ص٦٢٢ (شقص)، «المصباح المنير» (١/ ٣١٩) (الشقص).

(٧) قوله: (وبمَ يسقط إن سقط) سقطَ من (ز). وفي (ط العلمية): (لم يسقط إن سقط).

(٨) قال النووي: «قال العلماء: الحكمة في ثبوت الشفعة: إزالة الضرر عن الشريك». (النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف) «شرح صحيح مسلم» مع «صحيح مسلم» (١١/ ٤٥) (الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت).

أما أنه بم يثبت؟ فاعلم أنّ سبب ثبوت الشفعة يتركب من[١] أمورٍ: منها: ما يرجع إلى المال[٢] المأخوذ، ومنها: ما يرجع إلى الآخذ، ومنها: ما يرجع إلى الذي يؤخذ[٣] منه.

وسمَّى صاحب الكتاب هذه الثلاثة: أركان الاستحقاق؛ لتعلقه بها، وتَرَكُّبِ سببه من أمور معتبرة فيها، فقال: (الباب الأول: في أركان الاستحقاق).

الركن (الأول: المأخوذ)، واعتبر فيه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون عقاراً. قال الأصحاب: والأعيان ثلاثة أضرب:

أحدها[٤]: المنقولات، فلا شُفعة فيها، سواء بيعت وحدها، أو مع الأرض. وعن مالكٍ[٥] ثلاث روايات: **إحداها**: إثبات الشُّفعة في كلّ منقولٍ باع أحد

---

(١) في (ي): (عن).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الملك).

(٣) من قوله: (ومنها ما) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) قوله: (أحدها) سقط من (ز).

(٥) قال في «المدونة»: «قال مالك: لا شفعة إلا في الدور والأرضين والنخل والشجر». قال: «وقد جعل مالك في الثمر الشفعة». وقال أيضاً: «ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن ولا بز ولا طعام، ولا في شيء من العروض ولا سارية ولا حجر، ولا في شيء من الأشياء سوى ما ذكرت لي، كان مما يقسم أو لا يقسم في قول مالك». «المدونة الكبرى» (٤/ ٢٠٧).
وعند المالكية: تثبت الشفعة في النخل والشجر منفردة عن الأرض، لأنها أصول ثابتة، وكذلك تثبت في الثمار والمقاثي والباذنجان، وكل ثمر له أصل ثابت تُجنى ثمرته مع بقائه، وقبل أن ييبس، وقال بعضهم ولو بعد الجذاذ واليبس.
وكذا تثبت الشفعة عندهم في الحيوان إن بيع مع الحائط، والبئر قبل قسمة أرضها إن بيعت قبل الأرض أو معها، والبناء يباع مفرداً في أرض الوقف وأرض العارية.
وعن ابن سحنون: آلة الحائط تباع مع الحائط تثبت فيها الشفعة. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٢٢٠ - ٢٢٣)، =

الشّريكين[1] نصيبه منه. **والثانية**: إثباتها في السّفن خاصّة. والثالثة: أنها إن بيعت وحدها، فلا شفعة فيها، وإن بيعت مع الأرضين[2]، ففيها الشفعة؛ كي لا تتفرّق الصفقة على المشتري.

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «لا شُفعة إلّا في رَبْعٍ[3] أو حائطٍ[4]»[5].

واحتجّوا أيضاً: بما روي عن جابرٍ أنه قال: «إنما جعل رسول الله ﷺ[6] الشُّفْعَةَ في ما لم يُقسَم، فإذا وقَعَتِ الحدودُ[7] وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ[8]

= «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣١٨-٣١٩)، «الكافي» (ابن عبد البر) ص٤٣٦-٤٣٨، «المنتقى» (٦/ ٢٠٠-٢٠٤، ٢٢٤).

وما ذكره الرافعي عن إثبات الشفعة في السفن عند المالكية، ذكره الشاشي. انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٢٦٣ - ٢٦٤). وهو مذكور كذلك عند الحنفية. انظر «الهداية» (٩/ ٤٠٤).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الشفيعين).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الأرض).

(٣) الربع: هو الدار بعينها حيث كانت، وجمعه: رباع وربوع. ويُطلق أيضاً على المحلة والمنزل والوطن، مشتق من ربع بالمكان يربع ربعاً إذا اطمأن. انظر: «تاج العروس» فصل الراء، باب العين (٥/ ٣٣٧ - ٣٣٨) (ربع).

(٤) الحائط: البستان من النخل إذا كان عليه جدار. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الطاء (٥/ ١٢٣) (حوّط).

(٥) قال الزيلعي: «رواه البزار في «مسنده»، وقال: لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر». «نصب الراية» (٤/ ١٧٨). وقال ابن حجر: «البزار من حديث جابر بسند جيد». «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٥) (١٢٧٤). وعند البيهقي عن أبي هريرة مرفوعاً: «لا شفعة إلا في دار أو عقار»، كتاب الشفعة، باب لا شفعة في ما ينقل ويحول (٦/ ١٠٩).

(٦) من قوله: (لا شفعة) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) الحدود: جمع حد وهو الحاجز بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر، أو لئلا يتعدى أحدهما على الآخر. وهو أيضاً منتهى الشيء ومنه حدود الأرضين. وأيضاً: الحد تمييز الشيء عن الشيء، يقال: حددت الدار أحدها حدًّا. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الدال (٢/ ٣٣١) (حدد).

(٨) «صرفت الطرق»: أي بُينت مصارفها وشوارعها. انظر: «تاج العروس» فصل الصاد، باب الفاء (٦/ ١٦٥) (صرف).

فلا شُفْعَةَ»[1]. وبما روي أنه ﷺ «قَضَى بالشُّفْعَةِ في كُلِّ شرك لم[2] يُقْسَم رَبْعٍ أو حائطٍ، لا يَحِلُّ له أن يبيعَهُ حتّى يُؤْذِنَ شريكه، فإنْ شاءَ أَخذَ، وإن شاءَ تَرَكَ، فإن باعَهُ ولم يُؤْذِنْهُ فهو أحقُّ به»[3]. وروي: «الشُّفْعَةُ في كُلِّ شركٍ رَبْعٍ أو حائط»[4].

والضرب الثاني: الأراضي، فتثبت الشفعة فيها، سواء بيع الشّقص منها وحده[5]، أو مع شيءٍ من المنقولات، ثم في الحالة الثانية يوزّع الثمن عليه، وعلى ذلك المنقول، كما سيأتي.

---

(١) أخرجه البخاري بلفظ: «قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم» كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم (٤/ ٤٣٦) (٢٢٥٧). وأخرجه أبو داود بلفظ: «في كل ما لم يقسم» كتاب البيوع، باب في الشفعة (٣/ ٢٨٥) (٣٥١٤). وكذا ابن ماجَهْ، كتاب الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة (٢/ ٨٣٥) (٢٤٩٩).

أقول: أخرجه بهذا اللفظ أحمد في مسنده (٢٢/ ٦٢) (ط الرسالة)، وأبو داود في باب الشفعة (٣/ ٢٨٥) رقم (٣٥١٤)، والترمذي في باب ما جاء إذا حدت الحدود (٣/ ٦٤٤) رقم (١٣٧٠) وقال: «حسن صحيح»، وابن ماجه، كتاب الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة (٢/ ٨٣٥) رقم (٢٤٩٩)، وصححه ابن حبان في صحيحه (الإحسان ١١/ ٥٨٨) رقم (٥١٨٤).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في كل ما لا يقسم).

(٣) أخرجه (الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن) في «سننه» بلفظ «ربعة»، كتاب البيوع، باب في الشفعة (٢/ ٢٧٤). ومسلم بلفظ «في كلّ شِرْكَةٍ لم تُقْسَم رَبْعَةٍ»، كتاب المساقاة والمزارعة، باب الشفعة (١١/ ٤٦). وكذا النسائي، كتاب البيوع، باب الشركة في الرباع (٧/ ٣٢٠).

قال النووي: «الربعة: تأنيث الربع» «شرح صحيح مسلم» (١١/ ٤٥)، انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٦).

(٤) أخرجه أبو داود بلفظ: «الشفعة في كلّ شرك ربعة أو حائط»، كتاب البيوع، باب في الشفعة (٣/ ٢٨٥) (٣٥١٣).

ومسلم بلفظ: «الشفعة في كلّ شرك في أرض أو ربع أو حائط»، كتاب المساقاة والمزارعة، باب الشفعة (١١/ ٤٧).

(٥) في (ي): (سواء بيعت وحدها).

والثالث: الأعيان التي كانت منقولة في الأصل، ثُمّ أثبتت في الأرض للدَّوام، كالأبنية والأشجار: فإن بيعت منفردة، فلا شفعة فيها؛ لأنها في حكم المنقولات، وكانت في الأصل منقولة، وستنتهي[1] إليه وإن طال أمدها، وليس معها ما تجعل تابعة له.

وحكى الإمام أبو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ[2] وجهاً: أنه تثبت الشفعة فيها؛ لثبوتها في الأرض. والمذهب الأول[3].

وإن بيعت الأرض وحدها، ثبتت الشفعة فيها، ويكون الشفيع[4] كالمشتري.

وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض، إما صريحاً، أو على قولنا: إن الأرض تستتبعها، ثبتت الشفعة فيها تابعة للأرض؛ لما[5] سبق من الأخبار، فإن لفظ «الرَّبع» يتناول الأبنية، ولفظ «الحائط» يتناول الأشجار.

ولو كان على النخل ثمرة مؤبّرة، وأدخلت في البيع شرطاً[6] لم تثبت فيها

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وتنتهي).

(٢) أبو الفرج السرخسي: عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن زاز السرخسي النويزي، صاحب «التعليقة»، وله كتاب «الإملاء»، إمام الشافعية بمرو، كان متديناً ورعاً محتاطاً في المأكول والملبوس، ولد سنة (٤٣٢هـ)، وتفقه على القاضي الحسين، وروى عنه أبو طاهر السنجي، توفي سنة (٤٩٤هـ) في شهر ربيع الآخر. انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (١/ ٣٢٢) (٦٠٤)، «طبقات الشافعية الكبرى» (٣/ ٢٢١ - ٢٢٢).

(٣) لم يُذكر هذا الوجه في «الحاوي»، ولا في «التهذيب».

(٤) في (ي)، (ز) (ط الفكر)، (ط العلمية): (الشفيع معه).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كما).

(٦) قوله: (شرطاً) سقط من (ي).

الشفعة؛ لأنها لا تدوم في الأرض، بل يأخذ الشفيع الأرض والنخيل بحِصَّتِهَا من الثمن. وعن مالك[1] وأبي حنيفةَ[2]: إثبات الشفعة فيها تبعاً.

وإن كانت غير مؤبرة، دخلت في البيع شرعاً[3]. وهل يأخذها الشفيع؟[4] فيه وجهان أو قولان:

أحدهما: لا، كالمؤبرة[5]؛ لأنها منقولة.

والثاني: نعم؛ لدخولها في مطلق البيع. قال في «التهذيب»[6]: وهذا أصحّ. وعلى هذا، فلو لم يتفق الأخذ إلى أن تأبرت فوجهان:

أظهرهما: الأخذ؛ لأنّ حقه تعلق بها، وزيادتها كالزيادة الحاصلة في الشجرة من بسوقها[7]، أو طول أغصانها.

---

(١) تقدم تحرير مذهبه. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٢٢٢)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٨ - ٣١٩)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٠ - ٤٨١).

(٢) عند الحنفية: تدخل الثمرة في الشفعة، لأن قيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالأرض، فكان تبعاً للأرض، إلا أنها لا تدخل في العقد إلا بالتسمية. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٨)، «الهداية» (٩/ ٤٠٢).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تبعاً).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وهل يأخذ).

(٥) قوله: (كالمؤبرة) سقط من (ز).

(٦) قال البغوي: «أصحهما: يأخذ، لأنه يدخل في مطلق البيع». «التهذيب» (٤/ ٣٤٤).

(٧) يقال: بسق النخل بسوقاً، أي طال. ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلنَّخْلَ بَاسِقَٰتٍ لَّهَا طَلْعٌ نَّضِيدٌ﴾ [ق: ١٠]، أي: مرتفعة في علوها. قال الفراء: أي باسقات طولاً. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب القاف (٧/ ٢٩٤) (بسق).

والثاني ـ وبه قال القاضي أبو الطَّيِّبِ ـ: المنع[1]؛ لخروجها عن أن تكون تابعة للنخيل. وعلى هذا، فبم يأخذ الأرض والنخيل؟ فيه وجهان:

أشبههما[2]: بحصّتها من الثمن، كما في المؤبّرة.

والثاني: بجميع الثمن؛ تنزيلاً له منزلة عيبٍ يحدث بالشِّقصِ.

ولو كانت النخيل حائلة[3] عند البيع، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع: فإن كانت مؤبرة، لم يأخذها. وإن كانت غير مؤبرة، فعلى قولين ذكرناهما بتوجيههما، ومجاريهما[4] في ما إذا أفلس مشتري النخيل وهي مطلعة، هل يتعدّى الرّجوع إلى الطلع؟

وقد ذكر كثير من الناقلين: أن قول أخذ الثمار، قوله القديم، ومقابله الجديد[5]، وعلى هذا، فالمسألة مما يجاب فيها على القديم؛ لما مرَّ في التَّفْليس[6]: أنّ الأخذ أظهر عند الأصحاب.

---

(١) قوله: (المنع): مقدم في (ط الفكر)، (ط العلمية)، حيث فيهما (الثاني: المنع).

(٢) في (ز): (أحدهما).

(٣) الحائل: نخلة حملت عاماً ولم تحمل عاماً، أو هي التي لم تلقح سنة أو سنتين أو سنوات. والحائل أيضاً: كل حامل ينقطع عنها الحمل سنة أو سنوات حتى تحمل. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب اللام (٧/ ٢٩٦) (حول).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وتخاريجهما).

(٥) قال البغوي: «قال في القديم: يأخذ، لأنه يتبع الأصل، ويدخل في مطلق البيع. وفي الجديد: لا يأخذ، بل يبقى للمشتري كالمؤبرة، لأنه تملّك بغير التراضي فلا يؤخذ به إلا ما دخل في العقد، بخلاف البيع فإنه يملك بالتراضي، يقدر فيه على استثناء الطلع، فإذا لم يستثن تبع الأصل». «التهذيب» (٤/ ٣٤٥).

(٦) انظر ما سلف (٧/ ٢٣٤-٢٣٥).

وإذا بيعت[1] الثمرة للمشتري، فعلى الشفيع إبقاؤها إلى الإدراك، وهذا إذا بيعت الأشجار مع البياض الذي يتخللها، أو بيع البستان كله.

أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها لا غير، فوجهان ـ وكذا لو باع الجدار مع الأُسِّ[2] ـ:

أحدهما: أنه تثبت الشُّفعة؛ لأنها فرع أصلٍ ثابت.

وأشبههما: المنع؛ لأنّ الأرض تابعة هاهنا، والمتبوع منقول.

وإن باع شقصاً فيه زرع لا يُجزّ[3] مراراً، وأدخله في البيع شرطاً: أخذ الشفيع الشِّقْصَ بحصته من الثمن، ولم يأخذ الزّرع، خلافاً لأبي حنيفة[4] ومالك[5].

---

(١) في (ز): «بقيت». (م ع).

(٢) في (ي): (الأساس).
والأسّ: أصل البناء كالأساس، وأسّ البناء مبتدؤه. وقيل: الأسّ أصل كلّ شيء. انظر: «تاج العروس» فصل الهمزة، باب السين (٤/ ٩٦) (الأسّ).

(٣) يقال: جز الحشيش والنخل والزرع يجزه جَزاً وجَزة بالفتح فيها، أي قطعه. والجزاز الحصاد، وعصف الزرع. قال الليث: الجزاز كالحصاد واقع على الحين والأوان، يقال: أجز النخل وأحصد البر. انظر: «تاج العروس» فصل الجيم، باب الزاي (٤/ ١٥) (جزّ).

(٤) الزرع عند الحنفية: كالثمر يدخل في الشفعة تبعاً، ويشترط ذكره في عقد البيع، وأن يكون متصلًا. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٨)، «المبسوط» (١٤/ ١٣٣ - ١٣٤).

(٥) عند المالكية: تثبت الشفعة في المقاثي والباذنجان والفول الأخضر والقرع ولو بيعت مفردة عن الأصل والأرض، لأن لها أصولاً ثابتة تبقى بعد جني ثمرتها.
أما الزرع والبقول كالملوخية وكراث المائدة، فليست فيه الشفعة ولو بيع مع أرضه، لأنه ليس له أصل ثابت، ولا هو من آلات الأصل، فلم تثبت فيه الشفعة كالثياب.
وقال أشهب: تثبت فيه الشفعة، لأنه ثمرة متغذية بالأصل كالثمرة التي لم تيبس. «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٨ - ٣١٩)، «الشرح الكبير» ومعه «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٠ - ٤٨١)، «المنتقى» (٦/ ٢٠٣).

وإن كان مما يُجزّ مراراً: فالجزّة[١] الظاهرة التي لا تدخل في البيع المطلق كالثمار المؤبرة، والأصول كالأشجار.

وما يدخل تحت مطلق بيع الدار من الأبواب والرفوف والمسامير، يؤخذ بالشفعة تبعاً كالأبنية، وكذا الدولاب الثابت في الأرض، سواء أداره الماء، أو غيره، بخلاف الدلو والمنقولات.

ولو باع شقصاً من طاحونة: فالحجر التحتاني يؤخذ بالشفعة إن قلنا بدخوله في البيع، وفي الفَوْقَانيِّ وجهان، مع التفريع عليه، كالوجهين في الثمار التي لم تؤبر[٢].

وقوله في الكتاب: (كلّ عقار)، غير مجري على ظاهره؛ لأنه يقتضي اشتراط كون المأخوذ عقاراً، وقد عرفت أن الأبنية والأشجار، بل الثمار أيضاً مأخوذة، ومعلوم أن اسم العقار لا يقع عليها في المتعارف، ولا يمكن أن يقال: أراد بالعقار غير المنقول؛ لأن قضيته حينئذٍ إثبات الشفعة في الأبنية والأشجار وحدها؛ لأنه كما لا يقع عليها اسم العقار، لا يقع عليها اسم المنقول، وهي ثابتة في الأرض، فيصدق عليها أنها غير المنقول.

وقوله: (فلا شفعة فيه)، معلَّمٌ بالميم.

وقوله: (لـخِفَّةِ الضَّرَر فيه)، معناه: أنّ المنقول لا يبقى دائماً، والعقار يتأبد، فيتأبد سوء ضرر المشاركة فيه، والشُّفعة تملّك قهري، فلا يحكم بثبوته إلّا عند شدّة الضرر[٣][٤].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فالجذوة).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٤٥)، وأطلق في «الوسيط» عدم ثبوت الشفعة في الطاحونة. «الوسيط» (٤/ ٦٩).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الضرورة).

(٤) من قوله: (والشفعة) إلى هنا سقط من (ز).

قال:

(وبـ «الثابت» عن حُجْرةٍ عاليةٍ مُشترَكةٍ مَبْنيّةٍ على سقْفٍ لصاحبِ السُّفْل؛ فإنه لا أرض لها، فلا ثباتَ لها[١]. فإن كانَ السَّقْفُ لشُركاءِ العُلوِّ فوجْهان؛ لأنّ السَّقْفَ في الهواء، فلا ثباتَ له).

الشرط الثاني: كونه ثابتاً، وقصد به: الاحتراز عما إذا كان بين اثنين حجرة أو غرفة عالية مبنية على سقفٍ لأحدهما، أو لغيرهما، فإذا باع أحدهما نصيبه، فلا شفعة لشريكه؛ لأنه لا أرض لها، ولا ثبات، فهي كالمنقولات.

ولو كان السقف المبني عليه مشتركاً بينهما أيضاً[٢]، فعلى وجهين، نقلهما هاهنا وفي «الوسيط»[٣]:

أحدهما: أن الشفعة تثبت للاشتراك فيها أرضاً وجدراناً[٤].

وأظهرهما: المنع؛ لأن السقف الذي هو أرضها، لا ثَبَاتَ له أيضاً، وما لا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتاً لما هو عليه.

ولو كان السُّفْلُ[٥] مشتركاً بين اثنين، والعلو لأحدهما، فباع صاحب العلوِّ: العلوَّ[٦]، ونصيبه من السُّفل، ففيه جوابان للقَفَّال:

---

(١) قوله: (لها) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) قوله: (أيضاً) زيادة في (ي)، (ز).

(٣) «الوسيط» (٤/ ٧١).

(٤) قال الماوردي: «ولقول الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصلح: «إن السقف أرض لصاحب العلو»». «الحاوي» (٩/ ١٣).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (السقف).

(٦) قوله: (العلو) سقط من (ز)، (ط العلمية).

أحدهما: أن الشريك يأخذ السفل، ونصف العلوّ بالشفعة؛ لأن الأرض مشتركة بينهما، وما فيها تابع لها، ألا تَرَى أنه يتبعها في بيع الأرض عند الإطلاق؟ فكذلك في الشفعة.

وأصحهما ـ وهو الذي ارتضاه الشيخ أبو عليٍّ ـ: أنه لا يأخذ إلا السُّفل؛ لأن الشفعة لا تثبت في الأرض إلا إذا كانت مشتركة، فكذلك في ما فيها من الأبنية، ولا شركة بينهما في العلوّ.

ولو كانت بينهما أرض مشتركة، وفيها أشجار لأحدهما، فباع صاحب الأشجار الأشجار، ونصيبه من الأرض، ففيه هذا الخلاف.

هذا فقه الفصل[1]. ولك أن تقول: اسم العقار[2]: إما أن يقع على الأبنية مع قطع[3] النظر عن الأرض، أو لا يقع. إن وقع، كان الضابط المذكور متناولاً للأبنية وحدها، فلتكن مأخوذة بالشفعة وحدها. وإن لم تقع، خرجت الصورتان المذكورتان في الكتاب[4] عن الضابط بلفظ العقار، فلا حاجة إلى ذكر الثابت[5].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٤٢)، حيث ذكر جواب القفال في المسألتين عن الشيخ أبي علي.

(٢) العقار في اللغة: كل ملك ثابت له أصل، كالدار والنخل. قال بعضهم: وربما أُطلق على المتاع. أي متاع البيت ونضده الذي لا يبتذل إلا في الأعياد والحقوق الكبار ونحوها. ويقال: عقار كلّ شيء: خياره. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤١٢) (عقره)، «تاج العروس» فصل العين، باب الراء (٣/ ٤١٧) (عقر).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بقطع).

(٤) قوله: (في الكتاب) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر): (قيد الثابت).

قال:

(واحتَرَزْنا بـ «الـمُنقَسِم» عن الطاحونة، والحمّام، وبئرِ الماء، وما لا يقبلُ القسمَةَ إلَّا بإبطالِ منفعتِه المقصودةِ منه؛ فلا شُفْعةَ فيها (ح و)؛ إذ ليسَ فيها ضررُ مَؤونةِ الاستقسامِ وتَضايُقِ المِلكِ بالقسمة).

الشرط الثالث: كونه منقسماً. وفي ثبوت الشفعة في العقار الذي لا ينقسم، اختلافٌ مبنيٌّ على أن الشفعة لم تثبت في المنقسم، وفيه وجهان[1]:

أحدهما: أنها تثبت لدفع ضرر الشركة في ما يتأبد ويدوم، كتضييق المداخل[2] والتأذي بحرفة الشريك وأخلاقه، أو كثرة الداخلين عليه، وما أشبهها.

وأصحهما: أنها تثبت لدفع الضرر الذي ينشأ من القسمة من بدل مؤنتها، والحاجة إلى إفراز[3] الحصة الصّائرة له بالمرافق الواقعة في حصة صاحبه، كالمِصْعَدِ والمبرز[4] والبالوعة ونحوها[5].

وكل واحد من الضررين، وإن كان حاصلاً[6] قبل البيع، لكن من رغب من

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٣٩)، حيث قال البغوي: «وفيه معنيان: أصحهما: لما يلحقه من مؤونة المقاسمة في إفراز المرافق. والثاني: لسوء المشاركة في ما يتأبد ضرره».

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المدخل).

(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (إفراد).

(٤) المبرز: هو مكان التبرز، يقال: برز بروزاً، أي خرج إلى البراز، والبراز ـ بالكسر والفتح ـ: الفضاء الواسع الخالي من الشجر أو الصحراء البارزة، ثم كُني بـه عن النجو كما كني بالغائط. انظر: «القاموس المحيط» باب الزاي، فصل الباء ص٥٠٢ (برز)، «المصباح المنير» (١/ ٤٤) (برز).

(٥) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وحدها).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (واقعاً).

الشريكين في البيع، كان من حقه أن يخلص الشريك مما هو فيه، ببيعه منه، فإذا لم يفعل، سلّطه الشرع على أخذه.

فإن قلنا بالمعنى الأصحّ، لم تثبت الشفعة في ما لا[١] ينقسم؛ لأنه يؤمن فيه من ضرر القسمة[٢]، وهذا هو الذي أورده في الكتاب.

وإن قلنا بالثاني، ثبتت الشفعة فيه، ويحذف هذا الشرط الثالث، وبه قال أبو حنيفةَ[٣] وابنُ سُرَيْجٍ[٤]، وهذا المذهب الثاني ينسب إلى تخريجه، واختاره أبو خَلَفٍ السّلمِيُّ، والقاضي الرُّويانيُّ.

ومنهم من يجعل هذا الخلاف قولين، ويقول: الجديد منع الشفعة فيه[٥]، وهو ظاهر المذهب كيف فُرِضَ الخِلاف.

وعن مالِكٍ[٦] وأحمَدَ[٧]: اختلاف رواية فيه أيضاً، والظاهر: المنع.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (غرر القسمة).

(٣) هذا عند الحنفية، لأن الشفعة عندهم وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم، وذلك يوجد في ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة على السواء. «بدائع الصنائع» (٥/ ١٢-١٣)، انظر: «الهداية» (٩/ ٤٠٣ - ٤٠٤).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ١١)، «التهذيب» (٤/ ٣٤٠)، «حلية العلماء» (٥/ ٢٦٨).

(٥) قوله: (فيه) زيادة في (ز).

(٦) قال أبو البركات الدردير: «وفيها ـ أي «المدونة» ـ الإطلاق، أي أنها تكون في ما ينقسم وغيره، لضرر الشركة الطارئة التي هي علة الأخذ بالشفعة. وعمل به، أي حكم بعض القضاة بالشفعة في ما لا ينقسم ....، لكن المعول عليه هو الأول (أي تجب في ما ينقسم)، وإنما اختصت الشفعة بما ينقسم، لأن ما لا ينقسم إذا طلب الشريك فيه البيع، أجبر شريكه عليه معه». «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٦).

(٧) «الكافي» (٢/ ٤١٧ - ٤١٨).

والمراد من المنقسم: ما إذا طلب أحد الشريكين قسمته، أجبر الآخر عليها.

وفي ضبطه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه الذي لا تنقص القسمة قيمته نقصاناً فاحشاً حتى لو كانت قيمة الدار مئة، ولو قسمت عادت[١] قيمة كلّ نصف إلى ثلاثين، فلا تقسم؛ لما فيها من الضرر.

وثانيها: أنه الذي يبقى منتفعاً به بعد القسمة بوجهٍ ما. أما ما لا يبقى منتفعاً به بِحَالٍ، إما لضيق الخطّة، وقلة النصيب، أو لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها، كأسراب القنى[٢]، فلا يقسم.

وأصحها: أنه الذي إذا قسم، أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجهٍ آخر؛ للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع.

إذا عرفت ذلك، فلو كان بينهما طاحونة أو حمّام أو بئرٍ أو نهرٍ، فباع أحدهما نصيبه، نظر: إن كانت الطاحونة كبيرة، يمكن أن تجعل طاحونتين، لكلّ طاحونة[٣] حجران، والحمّام كثير البيوت، يمكن جعله حمّامين، أو كبير البيوت يمكن جعل

---

(١) في (ي): (صارت).

(٢) في (ط العلمية): (كما سراب القنا).

وأسراب: جمع سرب، وهو الطريق، أو الحفير تحت الأرض، أو القناة الجوفاء يدخل منها ماء الحائط. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب الباء (١/ ٢٩٦) (سرب)، «المصباح المنير» (١/ ٢٧٢) (سرب).

والقنى: جمع قناة، وهو المحفورة في الأرض. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥١٧) (القناة).

(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (واحد).

كل بيت بيتين، والبئر واسعة يمكن أن يبنى فيها، فتجعل بئرين، لكلّ واحدة بياض يقف فيها المستقي، ويلقي فيه ما يخرج منها، ثبتت الشّفعة فيها.

وإن لم يمكن ذلك[١] ـ وهو الغالب من[٢] هذه العقارات ـ فلا شفعة فيها[٣] على الأصح، وهذا جوابه على أصح الوجوه في معنى[٤] المنقسم.

أما إذا اعتبرنا بقاء منفعة ما، كفى أن يصلح كل سهم من الحمّام بعد القسمة للسكنى، وإن اعتبرنا القيمة[٥] لم يخف حكمه.

ولو اشترك اثنان في دار صغيرة، لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها: فإن حكمنا بثبوت الشفعة في ما لا ينقسم، فأيهما باع نصيبه، فلصاحبه الشفعة. وإن حكمنا بمنعها، فإن باع صاحب العُشر نصيبه، لم يثبت لصاحبه الشفعة؛ لأنه أمن من أن يطلب[٦] مشتريه القسمة؛ لأنه لا فائدة له في القسمة[٧]، وبتقدير أن يطلب، فلا يجاب؛ لأنه متعنت مضيِّع ماله، وإذا كان كذلك، فلا يلحقه ضرر القسمة.

وإن باع صاحب النصيب الأوفر نصيبه، ففي ثبوت الشفعة لصاحب العُشر وجهان، بناء على أن صاحب النصيب الأوفر، هل يجاب إذا طلب القسمة؛ لأنه منتفع بالقسمة؟ والظاهر: أنه يجاب.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يكن كذلك).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في).

(٣) من قوله: (وإن لم) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) قوله: (معنى) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإن اعتبرت القسمة).

(٦) في (ط العلمية): (يطالب).

(٧) قال البغوي: «لأنه لا يلحقه مؤونة المقاسمة». «التهذيب» (٤/ ٣٤٠).

ولو كان حول البئر بياض، وأمكنت القسمة، بأن نجعل البئر لواحد، والبياض لآخر؛ ليزرعه، أو يسكن فيه، أو كان موضع الحجر في الرّحا واحداً، ولكن لها بيت يصلح لغرض آخر[١]، وأمكنت القسمة، بأن يجعل موضع الحجر لواحد، وذلك البيت لآخر[٢]، فقد ذكر جماعة من الأصحاب: أن الشفعة تثبت، وأن البئر ـ والحالة هذه ـ من المنقسمات.

وهذا جواب على جريان الإجبار في هذا النوع من القسمة، وفيه خلاف.

وعلى أنه لا يشترط في ما يصير لكلّ واحدٍ منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة.

وقوله في الكتاب: (وبئر الماء)، ليس مذكوراً للتقييد، بل بئر الماء وسائر الآبار في الشفعة واحدة.

وقوله: (إلا بإبطال منفعته المقصودة)، إشارة إلى الوجه الأصحّ في ضبط المنقسم.

وقوله: (فلا شفعة[٣] فيها)، معلم بالحاء والواو، ويمكن أن يعلم بالميم والألف؛ لإحدى الرّوايتين عنهما. وقوله: (إذْ ليس فيها ضرر مؤونة الاستقسام) إلى آخره، معناه: أن هذا هو المقتضى للشُّفعة في المنقسم، وأنه غير موجود.

واعلم أنا لو قدرنا ثبوت الشفعة هناك لمجموع المعنيين، لزم المنع في غير المنقسم أيضاً؛ لانتفاء أحد المعنيين.

---

(١) قوله: (آخر) سقط من (ي).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لآخر ليزرعه).

(٣) من قوله: (المقصودة إشارة) إلى هنا سقط من (ي) و(ز).

فرع:

شريكان في مزارع، وبئر تستقي منها، باع أحدهما نصيبه منها، تثبت للآخر الشفعة فيها إن انقسمت البئر، أو قلنا بثبوت الشفعة في ما لا ينقسم، وإلا فتثبت في المزرعة، وفي البئر وجهان:

أحدهما: تثبت تبعاً[(١)]، كما تثبت في الأشجار تبعاً للأراضي.

وأصحهما: المنع؛ لأن الأشجار ثابتة في محلّ الشفعة، والبئر مباينة عنه.

* * *

(١) قوله: (تبعاً) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الثاني: الآخذ[١]: وهو كُـلُّ شريكٍ بالمِلك. فلا شُفْعةَ (ح) للْجارِ عندنا[٢] وإن كانَ مُلاصِقاً (و)، وتثبُتُ للشَّـريكِ وإن كانَ كافِراً.

فإن شاركَ بحِصّةٍ موقوفةٍ وقلنا: لا يملِكُ الموقوف عليه؛ فلا شُفْعة، وإلَّا فهو بناءٌ على أنه هل يجوزُ إفرازُ الوقفِ عن المِلكِ؟

والشَّرِيكُ في الـمَمَرِّ المنقَسِم يأخُذُ الـمَمَرَّ بالشُّفعةِ إن كانَ للمشتري طريقٌ آخرُ إلى داره، وإلَّا فيأخُذُ بشرطِ أن يُمكِّنَه من الاجْتياز. وقيل: يأخُذُ وإن لم يُمكِّن. وقيل: لا يأخُذُ وإنْ مَكَّن[٣]).

فقه الرُّكن صورٌ:

إحداها: لا شفعة للجار، ملاصقاً كان أو مقابلاً، وبه قال مالك[٤] وأحمد[٥].

وعند أبي حنيفة[٦]: للملاصق الشفعة، وكذا للمقابل إذا لم يكن الطريق بينهما نافذاً.

---

(١) ضبطه النووي بقوله: «الآخذ: وهو كل شريك في رقبة العقار». «روضة الطالبين» (٥/ ٧٢).

(٢) قوله: (عندنا) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (أمكن).

(٤) «مواهب الجليل» (٥/ ٣١٢)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٤).

(٥) «المبدع» (٥/ ٢٠٦)، «الإنصاف» (٦/ ٢٥٥).

(٦) قال محمّد: «قال أبو حنيفة: الشريك في الدار أحقّ بالشفعة من غيره، وإن سلّم الشفعة أو لم يكن فيها شريك فالشريك في الطريق أحق بالشفعة من غيره بعد الشريك في الدار، فإن سلم أولم يكن فيها شريك في الطريق فالجار الملاصق للدار أحق بالشفعة من غيره». (الشيباني، محمد بن الحسن) «الحجة على أهل المدينة» (٣/ ٦٧). انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٣٩).
وقال الحنفية: «لأن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره، وذلك متوقع الوجود عند المجاورة». «بدائع الصنائع» (٥/ ٤ - ٥).

لنا: ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «الشُّفْعةُ في ما لم يُقسَمْ، فإذا وَقَعَتِ الحُدودُ فلا شُفْعةَ»(١).

وعن ابن سريج: تخريج قولٍ(٢)، كمذهب أبي حنيفة، وقال القاضي الروياني: ورأيت بعض أصحابنا يفتي به، وهو الاختيار.

وذكر الإمام(٣): أن الشيخ أبا عليٍّ لم يثبت ذلك عن ابن سريج، وحمل كلامه فيه على أنه لا يعترض في الظاهر على الشافعي إذا قضى له الحنفي بشفعة الجار، وهذا شأن مسائل الخلاف في الأغلب، وفي الحلّ باطناً خلاف.

الثانية: الدار إما أن يكون بابها مفتوحاً إلى دربٍ نافذٍ، أو إلى دربٍ غير نافذٍ: إن كان الأول، ولا شركة في الدار: فلا شفعة فيها لأحدٍ، ولا في مَمَرِّها؛ لأن مثل هذا الدرب غير مملوك.

وإن كان الثاني: فالدرب ملك مشترك بين سكانه(٤)، على ما سبق في الصُّلح(٥).

---

(١) أخرجه الشافعي في «مسنده»، من الجزء الثاني من اختلاف الحديث من الأصل العتيق ص١٨١، وقد أخرجه موصولاً عن جابر، ومرسلاً عن سعيد بن المسيب. وأخرجه مالك في «الموطأ» مرسلاً عن سعيد ابن المسيب، كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة ص٥٠٣ (١٣٩٤). قال ابن حجر: «ووصله عن مالك ابن الماجشون وأبو عاصم وغيرهما بذكر أبي هريرة فيه». «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٦). وكذا أخرجه النسائي مرسلاً عن الزهري، كتاب البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها (٧/ ٣٢١).
أقول: وقد تقدم تخريجه (ص ١٢٠) بزيادة «... وصرفت الطرق فلا شفعة». (م ع).

(٢) قوله: (قول) سقط من (ي)، (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٠٦-٣٠٧).

(٤) قوله: (بين سكانه) سقط من (ي)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (شركائه).

(٥) الدرب غير النافذ عند العراقيين كالشوارع في بعض الأحكام، وعندهم وعند المراوزة هو ملك مشترك بين سكانه. انظر ما سلف (٧/ ٣٤٢).

فإن باع نصيبه من الممرّ وحده، فللشركاء[1] الشفعة فيه[2]، إن كان منقسماً، على ما عرفت معناه، وإلا ففيه ما مرّ من الخلاف.

وإن باع الدار بممرّها، فلا شفعة لشركاء الممرّ في الدار؛ لأنه لا شركة لهم فيها، فصار كما لو باع شِقْصاً من عقارٍ مشترك، وعقارٍ غير مشترك.

وخرّج ابنُ سُرَيج[3]: أنها تثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة في الطريق، وبه قال مالك[4] وأبو حنيفةَ[5].

وقدّم أبو حنيفة[6] الشريك في الممرّ على الجار الملاصق الذي ينفذ باب داره إلى دربٍ آخر. وظاهر المذهب: الأول.

ولو أرادوا أخذ الممرّ بالشفعة، نظر: إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع، فلهم ذلك على المشهور، إن كان منقسماً، وإلا فعلى الخلاف في غير المنقسم.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فللشركة).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (ي).

(٣) انظر «الحاوي» (٩/ ٦٢).

(٤) ما ذكره الرافعي مخالف لما وقفت عليه في كتب المالكية. قال في «المدونة»: «أرأيت السكة غير النافذة تكون فيها دور لقوم، فباع أحدهم داره، أيكون لأصحاب السكة الشفعة في ذلك أم لا في قول مالك؟ قال: لا شفعة لهم عند مالك». «المدونة» (٤/ ٢٠٧). وقال مالك: لا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة لا تنفذ أو غيرها، ولا شفعة بالشركة في الطريق. ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها. قال ابن يونس: لأنه إنما له حق في الجوار لا في نفس الملك. «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣١١ - ٣١٢)، انظر: «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٤).

(٥) «المبسوط» (١٤/ ١٣٢)، «الحجة» (٣/ ٦٧)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٨)، «الهداية» (٩/ ٣٦٩).

(٦) وهذا عندهم، لأن «أسباب استحقاق الشفعة إذا اجتمعت، يراعى فيها الترتيب، فيقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار». «بدائع الصنائع» (٥/ ٨).

وقال الشيخ أبو محمّد: إن كان في اتخاذ[١] الممرّ الحادث عسر أو مؤونة لها وقع[٢]، وجب أن يكون ثبوت الشفعة على الخلاف الذي نذكره على الأثر.

وإن لم يكن له طريق آخر، ولا أمكن اتخاذه[٣]، ففيه أوجه:

أحدها: أنهم لا يمكنون منه؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، وإنما أثبتت الشفعة لدفع الضرر، فلا يزال الضرر بالضرر.

والثاني: أن لهم الأخذ، والمشتري هو المضرّ بنفسه، حيث اشترى منه[٤] مثل هذه الدار.

والثالث: أنه يقال لهم: إن أخذتموه على أن تمكنوا المشتري من المرور، فلكم الأخذ، وإن أبيتم تمكينه منه، فلا شفعة لكم، جمعاً[٥] بين الحقين. وإيراد الكتاب يشعر بترجيح هذا الوجه، وإليه ذهب أبو الفَرَجِ السَّرْخَسيُّ.

لكن أكثر الأصحاب ـ من العراقيين وغيرهم ـ على أن الوجه الأوّل أصح[٦]، بل لم[٧] يرتض[٨] الإمام وجماعة، عبارة تخيير الشفيع، وأدّوا الغرض في عبارةٍ أخرى، فقالوا في أخذه بالشفعة وجهان، إن أخذ ففي بقاء حقّ[٩] المرور للمشتري وجهان.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (إيجاد).

(٢) قوله: (وقع) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (إيجاده).

(٤) قوله: (منه) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (جميعاً).

(٦) وبه قطع البغوي حيث قال: «وإن لم يمكن، فلا شفعة في الطريق، لما فيه من إلحاق الضرر بالمشتري». «التهذيب» (٤/ ٣٤١).

(٧) قوله: (لم) سقط من (ي).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بل مرَّ نصٌّ).

(٩) قوله: (حق) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

وشركة مالكي بيوت الخان[١] في صحته، كشركة مالكي الدور في الدروب التي لا تنفذ، وكذا الشركة في مَسِيلِ ماء الأرض دون الأرض، وفي بئر المزرعة، كالشركة في الممرِّ وحده.

الثالثة: تثبت الشفعة للذمّي على المسلم والذمّي، حسب ثبوتها للمسلم.

وقال أحمد[٢]: لا شفعة للذمّي على المسلم.

لنا: القياس على الردّ بالعيب.

ولو باع ذمّي شِقْصاً من ذمّي، بخمر أو خنزير، وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة لم نرده، ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة.

وقال أبو حنيفة[٣]: نحكم فإن كان الشفيع مسلماً أخذ الشقص بقيمة الخمر، وإن كان ذمياً فبمثلها.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الخيار).

والخان: ما ينزله المسافرون، والجمع خانات، كما يُطلق على الحانوت أو صاحبه. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٨٤) (الخان)، «القاموس المحيط» باب النون، فصل الخاء ص١١٩٤ (الخون).

(٢) «الكافي» (٢/ ٤٣٥)، «الإنصاف» (٦/ ٣١٢).

وللحنابلة في هذا، حديث: «لا شفعة لنصراني»، أخرجه (الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد اللخمي) «المعجم الصغير» من اسمه علي (١/ ٢٠٦)، وأخرجه البيهقي، كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة (٦/ ١٠٨). وقال: «قال أبو أحمد: أحاديث نائل مظلمة جداً، وخاصة إذا روى عن الثوري». وأيضاً: لأنه كالاستعلاء، فلم يثبت للكافر على المسلم. أقول: قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٩): «وفيه نائل بن نجيح، وثقه أبو حاتم وضعفه غيره» (م ع).

(٣) وهذا عند الحنفية، لأن الخمر مال متقوم في حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة. ويثبت المثل على الذمي، لأن الخمر عند أهل الذمة من ذوات الأمثال. وتثبت القيمة على المسلم، لأن الأخذ تملك والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير، ومتى تعذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦).

ولو بيع شقص، فارتد الشريك:فهو على شفعته إن قلنا: إن الردة لا تزيل الملك. وإن قلنا: تزيله فلا شفعة له، فإن عاد إلى الإسلام، وعاد ملكه، ففي عود الشفعة تردد عن الشيخ أبي عليّ، والظاهر المنع. وإن قلنا بالوَقْفِ فمات، أو قتل على الردة، فللإمام أخذه لبيت المال، كما لو اشترى معيباً، أو اشترط الخيار، وارتد، ومات للإمام رده. ولو ارتد المشتري، فالشفيع على شفعته[١].

الرابعة: دار نصفها لرجل، ونصفها ملك للمسجد، اشتراه قيِّم المسجد له[٢]، أو وهب[٣] منه ليصرف في عمارته، فباع الرجل نصيبه، كان للقيِّم أن يأخذه بالشفعة، إن رأى الصلاح[٤] فيه[٥]، كما لو كان لبيت المال شِرك في دار، فباع الشريك نصيبه، للإمام الأخذ بالشفعة.

وإن كان نصف الدار وَقْفاً، والنصف ملكاً، فباع المالك نصيبه، ينبني على أن الموقوف عليه، هل يملك الوقف؟ إن قلنا: لا، لم يأخذ ما باعه بالشفعة[٦]. وإن قلنا: نعم، فينبني على أن الملك هل يفرز[٧] عن الوقف؟ وفيه وجهان يذكران في القسمة[٨].

(١) قال البغوي: «فإن مات أو قتل، صار ماله فيئاً، وللشفيع أخذه من الإمام». «التهذيب» (٤/ ٣٧٢).

(٢) قوله: (له) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وهبه).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المصلحة).

(٥) قال البغوي: «وإن باع هو (أي القيم) نصيب المسجد، فلشريكه الشفعة». «التهذيب» (٤/ ٣٧١).

(٦) قطع البغوي بأنه لا تثبت الشفعة للموقوف عليه، لأنه لا ملك له بل إلى الله تعالى، حتى وإن قيل: الملك للواقف أو الموقوف عليه، فهو ليس بحقيقة ملك، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه. «التهذيب» (٤/ ٣٧١). وأطلق الشاشي الوجهين. «حلية العلماء» (٥/ ٢٧٣).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تقرر).

(٨) اختار الروياني: أن قسمة الملك والواقف جائزة، وهي إفراز. انظر ما سيرد (٢١/ ٥٠٩).

إن قلنا: نعم، ففي ثبوت الشفعة وجهان:

أحدهما: تثبت لدفع ضرر القسمة، وضرر[1] مداخلة الشريك، وهذا ما أورده في الكتاب، بناء على جواز قسمته. وعلى هذا، فلو كان الوقف على غير معين، أخذه المتولي إن رأى المصلحة فيه.

وأظهرهما: المنع؛ لأن الوقف لا يستحق بالشفعة، فلا ينبغي أن يستحق به. وأيضاً: فإنه ملك ناقص، ألا ترى أنه لا ينفذ تصرفه فيه، فلا يتسلط على الأخذ[2].

وإن قلنا: لا يفرز[3] الملك عن[4] الوقف، فإن لم تثبت الشفعة في ما لا ينقسم لم تثبت، وإن أثبتناه عاد الوجهان.

وقوله في الكتاب[5]: (كل شريك بالمِلْكِ)، قصد بقوله: (بالملك)، الاحتراز عن[6] الشريك بالوقف، والمراد ملك الرقبة.

أما إذا لم يملك إلا المنفعة إما مؤقتاً بالإجارة، أو مؤبداً بأن أوصى له بالمنفعة، لم يكن له الأخذ بالشفعة.

ويخرج بلفظ الشريك: الجار، ويدخل المسلم والذمي، والحُرُّ والمكاتب، حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في الدَّار، فلكل منهما الشفعة على الآخر.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ودفع ضرر).
(٢) انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٠١).
(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لا يقرر).
(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (على).
(٥) قوله: (في الكتاب) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).
(٦) في (ي): (من).

والمأذون له[١] في التجارة إذا اشترى شقصاً، ثم باع الشريك نصيبه، فله الأخذ بالشفعة، إلا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة فله الإسقاط، وإن أحاطت به الديون، وكان في الأخذ غبطة، كما له منعه من سائر الاعتياضات[٢] في المستقبل.

ولو أراد السيد أخذه بنفسه فله ذلك، ولا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشر[٣] الأخذ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع له الأخذ، بدليل الوكيل والولي والعبد المأذون لهم، فإن لهم الأخذ بالشفعة.

وقوله: (والشريك في الممرّ المنقسم، يأخذ المَمَرَّ بالشفعة)، معلمٌ بالواو؛ لما حكينا عن الشيخ أبي محمد، وليس لمسألة المَمرّ اختصاص بذكر الآخذ، ولعلّ إيرادها في ركن المأخوذ أولى[٤].

* * *

(١) قوله: (له) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) في (ي): (الاختصاصات).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (مباشرة).

(٤) الذي أراه: أن لمسألة الممر مناسبة في ركن الآخذ، وذلك أن الآخذ هو كل شريك سواء كان في الأرض أو العقار أو الممر.

قال رحمه الله:

(الرُّكـنُ الثـالث: الـمأخُوذُ منـه: وهو كُـلُّ من تجدَّدَ مِلْكُه اللَّازمُ بمُعاوضة.

احتـرزنا بـ«التَّجدُّد» عن رجلَيـنِ اشتـريا داراً فلا شُفْعةَ لأحدِهما على الآخر؛ إذ لا تَجدُّدَ لأَحَدهما.

واحترَزْنا بـ «اللّازم» عن الشِّراءِ في زمانِ الخيار، فإنه لا يُؤخَذُ إن كانَ للبـائعِ خِـيار؛ لأنه إضرارٌ به، ولا حقَّ للشَّفيع على البائع. وإن كانَ للمُشتري وحده فطريقان؛ أحدُهما: لا؛ لأنّ العقدَ بعدُ لم يستَقِرّ، والثانـي: فيـه قولان، كما لو وجدَ الـمشتري بالشِّـقصِ عيباً وأرادَ ردَّه وقصدَ الشَّفيعُ أخذَه؛ فأيُّهما أولى وقد تقابَلَ الحقّان؟ فيه قولان. وكذا الخلافُ في تزاحُم الشَّفيعِ والزَّوْجِ إذا طلَّقَ قبلَ الـمَسيسِ على الشِّقصِ المَمْهور).

المأخوذ منه هو المشتري، ومن في معناه[1]، وفي ضبطه قيود:

أحدها: كون ملكه طارئاً على ملك الآخذ، فإذا اشترى رجلان داراً معاً أو شقصاً من دارٍ، فلا شفعة لواحدٍ منهما على الآخر؛ لاستوائهما في وقت حصول الملك[2].

الثاني: كونه لازماً، وفيه ثلاث صور:

---

(١) في (ي): (ومن هو في معناه).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ثبوت الملك).

إحداها: إن جرى البيع بشرط الخيار لهما، أو للبائع وحده[١]، لم يؤخذ الشقص بالشفعة ما دام الخيار باقياً[٢]. أما على قولنا: الملك غير منتقل إلى المشتري، فظاهر. وأما على قول الانتقال؛ فلأن في أخذه إبطال خيار البائع، ولا سبيل للشفيع إلى الإضرار بالبائع، وإبطال حقه[٣]. وعن صاحب «التقريب» احتمالٌ على قولنا بانتقال الملك إلى المشتري.

وإن شرط الخيار للمشتري وحده، فإن قلنا: الملك له، ففي أخذه بالشفعة قولان:

رواية الرَّبيعِ[٤] واختيار أبي إسحاق[٥]: المنع، وبه قال مالِكٌ[٦] وأحمَدُ[٧]؛ لأنّ المشتري لم يرضَ بلزوم العقد، وفي الأخذ إلزامٌ وإثباتٌ للعهدة عليه.

ورواية المُزَنيّ[٨] أنه يؤخذ، وبه قال أبو حنيفةَ[٩]؛ لأنه لا حَقَّ فيه إلّا

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (للبائع الخيار وحده).

(٢) وهذا: لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشتري، فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع. انظر: «الحاوي» (٩/ ٦٦ - ٦٧).

(٣) انظر: «التهذيب» (٥/ ٣٥٦)، «المهذب» (١٤/ ٣٠٩).

(٤) قال الربيع ـ بعد أن ذكر نصّ الشافعي ـ: «وفيها قول آخر: أن لا شفعة فيها حتى يختار المشتري أو تمضي أيام الذي كان له الخيار، فيتم له البيع، من قِبَلِ أنه إذا أخذها بالشفعة منع المشتري من الخيار الذي كان له الخيار». «الأم» (٤/ ٤).

(٥) «حلية العلماء» (٥/ ٢٧٤).

(٦) «الشرح الكبير» ومعه «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٣).

(٧) قال ابن قدامة: «لأن فيه إلزام البيع بغير رضا المتبايعين، وإسقاط حقهما من الخيار». «الكافي» (٢/ ٤٣٤).

(٨) قال الشافعي: «ولو كان الخيار للمشتري دون البائع، فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعة». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٩).

(٩) وهذا لأن خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع، وحق الشفعة يتوقف عليه. «بدائع الصنائع» (٥/ ١٣).

للمشتري، والشفيع مسلط عليه بعد لزوم الملك، واستقراره، فقبله أولى. وهذا أصح عند عامة الأصحاب[١].

ونقل الإمام[٢] وصاحب الكتاب في المسألة طريقين:

أحدهما: إثبات القولين هكذا، لكن قالا: هما مأخوذان ومخرّجان[٣] من الخلاف الذي نذكره في ما بعد إذا اطلع المشتري على عيب بالشِّقصِ، وأراد ردَّهُ، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة[٤]: فعلى رأي: للشفيع قطع خيار المشتري في الصُّورتين. وعلى رأي: لا يمكّن منه.

والثاني: القطع بأنه لا يأخذه إلا أن يلزم العقد.

والفَرقُ بين الردّ بالعيب وبينه: أن الأخذ بالشفعة يفتقر إلى استقرار العقد وتمامه.

واعلم أن هذه الطريقة الثانية، لا تكاد توجد في كتاب غيرهما[٥]، والذهاب على الطريقة الأولى إلى تخريج القولين من[٦] الخلاف في الرَّدِّ بالعيب بعيد، مع أن الجمهور حكوْهما عن النص[٧].

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٧٤)، حيث قال النووي: «على الأظهر عند الجمهور». وقال البغوي: «وهو الأصح»، «التهذيب» (٤/ ٣٥٦)، وقال الشيرازي: «وهو الصحيح»، «المهذب» (١٤/ ٣٠٩).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٨٦-٣٨٧).

(٣) قوله: (ومخرّجان) زيادة في (ي)، (ز).

(٤) قوله: (بالشفعة) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في غير كتابنا).

(٦) قوله: (من) سقط من (ز).

(٧) سبق ذكر النصين عن الربيع والـمُـزَنيّ ص ١٤٣.

ولو عُكس، وقيل: الخلاف في الردّ بالعيب مأخوذ من الخلاف هاهنا، لكان أشبه، هذا إذا فرعنا على أن الملك للمشتري. أما إذا قلنا: إنه بعد للبائع، أو موقوف والمشتري منفرد بالخيار:

فعن صاحب «التقريب» وجه: أن للشفيع أخذ الشقص؛ لانقطاع سلطة البائع بلزوم العقد من جهته.

والأصح: المنع؛ لأن ملك البائع غير زائل على التقدير الأول، وغير معلوم الزوال على التقدير[1] الثاني، وعلى الأول إذا أخذه الشفيع تبيَّنَّا أن المشْتري ملك[2] قبل أخذه، وانقطع الخيار.

فرع:

باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمان الخيار بيع بَتَاتٍ، فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني؛ لزوال ملكه، ولا للمشتري منه، وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الأول، إذا فرعنا على أنه لا يملك في زمان الخيار؛ لأن سبب الشفعة البيع، وهو سابق على ملكه.

وأما الشفعة في المبيع ثانياً فمَوقُوفَة، إن توقفنا في المِلْكِ، وللبائع الأول إن أبقينا[3] المِلك له، وللمشتري منه، إن أثبتنا الملك له.

وعلى هذا، قال في «التتمّة»: إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفعته إن قلنا: إن الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله. وإن قلنا: يرفعه من حينه، فهو

---

(١) قوله: (التقدير) زيادة في (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الملك للمشتري).

(٣) في (ي): (نفينا). والمثبت يوافق ما في «الروضة» (٥/ ٧٥).

كما لو باع مِلكَه قبل العلم بالشفعة. وإن أخذه بالشفعة، ثم فسخ[١] البيع، فالحكم في الشفعة، كالحكم في الزوائد الحادثة في زمان الخيار.

الثانية: إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً، وأراد ردَّه، وجاء الشفيع يريد أخذه، ورضي بكونه معيباً، ففيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أن الشفيع أولى بالإجابة؛ لأن حقه سابق على حق المشتري[٢]، فإنه ثابت بالبيع، ولأن الغرض الظاهر[٣] للمشتري: استدراك الظُّلامة، والوصول إلى الثمن، وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع، ولأنا لو قدمنا المشتري، بطل حقّ الشفيع بالكلية، ولو قدمنا الشفيع، حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته.

والثاني: أن المشتري أولى؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، وسلم عن الرد؛ لأنه قد يريد استرداد عَيْنَ ماله، ودفع عهدة الشقص عن نفسه. والأول أرجح عند الأكثرين، ومنهم من لا يذكر غيره[٤].

ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع، ثم جاء الشفيع طالباً، فلا يجاب إن قلنا: إن المشتري أولى عند اجتماعهما. وإن قلنا: إن الشفيع أولى، فوجهان:

في[٥] أحدهما: لا يجاب؛ لتقدّم الردّ.

---

(١) قوله: (فسخ) سقط من (ي).

(٢) في (ز): (لأن حقه ثابت على ملك المشتري).

(٣) قوله: (الظاهر) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٤) منهم الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٧٠).

(٥) قوله: (في) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

وفي الأظهر: يجاب، ويفسخ الرد[١].

أو نقول: تبيَّنَّا أن الرد كان باطلاً، والخلاف في أن الشفيع أولى، أو المشتري جارٍ، في ما[٢] إذا اشترى شقصاً بعبدٍ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً، فأراد رده، واسترداد الشقص، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة، والمسألة مذكورة في الكتاب من بعد، وسنعود إليها.

وحكى في «التهذيب»[٣]: جريانه أيضاً في ما إذا اشترى شقصاً بعبدٍ، وقبض الشقص قبل تسليم العبد، فتلف العبد في يده حتى تبطل شفعة الشفيع في وجهٍ، ويتمكن من الأخذ في الثاني، كما لو تلف بعد أخذ الشفيع، فإن الشفعة لا تبطل، بل على الشفيع قيمة العبد للمشتري، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع.

والذي أورده صاحب «الشامل» وغيره: أنه إذا كان الثمن عيناً، وتلف قبل القبض، بطل البيع والشُّفعة.

الثالثة: ستعرف أن الشقص الممهور مأخوذ بالشفعة، فلو أصدقها شقصاً، ثم طلقها قبل الدخول، أو ارتدَّ، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة، فله أخذ نصفه[٤]. وأما النصف الآخر، فالزوج أولى به، أو الشفيع؟ فيه وجهان[٥].

---

(١) أيضاً اقتصر الماوردي هنا على هذا الوجه، وقال: «لأن الرد بالعيب قطع للعقد وليس برافعٍ للأصل، فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع، كما لو باعه وأراد الشفيع إبطال بيعه كان له، ليتوصل به إلى شفعته». «الحاوي» (٩/ ٧٠).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (جاز كما).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٥٤).

(٤) قال البغوي: «بنصف مهر المثل». «التهذيب» (٤/ ٣٦٨).

(٥) قال البغوي: «بناءً على ما لو باع شقصاً بثوب ثم وجد بالثوب عيباً ورده واسترد الشقص ثم جاء =

وكذلك إذا اشترى شقصاً، وأفلس بالثمن، وأراد البائع الفسخ، والشفيع الأخذ بالشفعة، ففيه الوجهان:

أحدهما: أن الزوج والبائع، أولى بالإجابة؛ لاستناد حقهما إلى ملكٍ سابق، وأيضاً: فإن البائع لم يرض بزوال الشقص، إلا على أن يسلم له الثمن، فإذا لم يسلم، وجب ألا يؤخذ منه.

وأصحهما: أن الشفيع أولى؛ لأن حقه ثبت بالعقد، وحق الزوج ثبت بالطلاق، وحق البائع بالإفلاس، وأسبق الحَقَّينِ أولى بالرّعاية.

ولأن في منع الشفيع إبطال حقه، وإذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع، وإنما ينتقل إلى البدل.

ولأن حق الشفيع أقوى من حق الزوج والبائع، ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري ويأخذ الشقص، والبائع لا يبطل تصرف المشتري[1] عند إفلاسه، ولا الزوج تصرّف الزوجة.

قال الشيخ أبو علي: والوجهان مبنيان على القولين في ما إذا كان الخيار للمشتري وحده، وأراد الفسخ، والشفيع أراد أخذه بالشفعة، وقد قدمناهما.

وذكر الإمام[2] وصاحب «التهذيب»[3]: أن الوجهين متولدان من جواب ابن

= الشفيع، هل له أخذه من البائع؟». «التهذيب» (٤/ ٣٦٨).

(١) من قوله: (ويأخذ الشقص) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٤٢).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٦٨).

الحداد في الصورة الأولى[١]: بأن الشفيع أولى، وجواب أبي إسحاق في الثانية[٢]: بأنّ البائع أولى.

وتصرّف من بعدهما من الأصحاب في كلامهما، وجعلوا الصورتين على جوابين بالنقل والتخريج، وقطع بعضهم بجواب ابن الحداد في الصورة الأولى، وبجواب أبي إسحاق في الثانية.

والفرق: أن الثابت للزوج بالطلاق: الملك[٣]، والشفيع ثبت له ولاية التملك، لا نفس الملك، فكان الزوج أولى بالتقديم، وفي الصورة الأخرى: الثابت للبائع والشفيع معاً ولاية التملك، لكن الشفيع أسبق حقّاً، فهو أولى بالتقديم.

وإذا قدمنا الشفيع في صورة الإفلاس:

فأظهر الوجوه ـ وبه قال ابن الحداد ـ: أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم؛ لأن حق البائع إذا انتقل عن[٤] العين إلى الذمة، التحق بسائر الغرماء.

والثاني ـ ويُحكى عن ابن سريج[٥] ـ: أنه يقدّم البائع بالثمن؛ رعايةً للجانبين.

---

(١) الأولى أن يقول: الصورة الثانية، لأن قول ابن الحداد إنما هو في الصورة الثانية كما ذكر البغوي حيث قال: «قال ابن الحداد في ما لو باع شقصاً فأفلس المشتري بالثمن، فأراد البائع فسخ البيع وجاء الشفيع يرد أخذه: إن الشفيع أولى». «التهذيب» (٤/ ٣٦٨).

(٢) الأولى أن يقول: الصورة الأولى، لأن قول أبي إسحاق كان في الصورة الأولى كما ذكر البغوي حيث قال: «وإن طلقها قبل أخذ الشفيع وقد جاء الشفيع، فالشفيع يأخذ النصف، وفي النصف الآخر الزوج أولى أو الشفيع؟ قال أبو إسحاق: الزوج أولى». «التهذيب» (٤/ ٣٦٨).

(٣) لقوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٨).

(٤) في (ي): (من).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٣٦٩).

والثالث: أنه إن كان البائع سلم الشقص، ثم أفلس المشتري، لم يكن أولى بالثمن؛ لرضاه بذمة المشتري، وإن لم يسلمه فهو أولى بالثمن.

والطريقان جاريان في ما إذا اقتضى الحال عود كل الصداق إلى الزوج، لردة، أو فسخ قبل الدخول.

هذا إذا اجتمع الشفيع، مع الزوج أو البائع. أما لو أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة، ثم طلق الزوج، أو من يد المشتري، ثم إنه أفلس، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشفيع بحال، لكن ينتقل حق البائع إلى الثمن، وحق الزوج[١] إلى القيمة في مالها، كما لو زال الملك ببيع أو غيره.

ولو طلقها قبل علم الشفيع، وأخذ النصف، ثم جاء الشفيع، ففي استرداده ما أخذه الزوج وجهان، كما إذا جاء بعد الرد بالعيب.

وحكى الإمام[٢] طريقة أخرى قاطعة بالمنع؛ لأن المهر ينشطر بالطلاق من غير اختيار، فيبعد نقصه.

فإن قلنا: يسترده، أخذه وما بقي في يدها، وإلا أخذ ما في يدها، ودفع إليها نصف مهر المثل.

ولو كان للشقص الممهور شفيعان، فطلبا، وأخذ أحدهما نصفه، وطلقها قبل أن يأخذ الآخر، فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع. وأما في[٣] النصف الآخر: فهو أولى، أم الشفيع؟ فيه الخلاف السابق، ويجري في ما إذا أخذ

---

(١) في (ي): (الزوجة).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٤١-٣٤٢).

(٣) قوله: (في) زيادة في (ي)، (ز).

أحـد الشفيـعيـن[١] من يـد المشتـري، ثـم أفلس. فإن قلنا: الشفيع أولى، ضارب[٢] البـائع مـع الغرمـاء بـالثـمن. وإن قلنـا: البـائع أولى، فـإن شاء أخذ النصف الباقي، وضارب مع الغرماء[٣] بنصف الثمن، وإلا تركه وضارب بجميع الثمن.

* * *

---

(١) في (ز): (أخذ الشفيع)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (أخذ الشفيعين).

(٢) المقصود بالمضاربة هنا: الأخذ بالحصص أو النسبة كما في المضاربة، بأن يُحسب مقدار ما يخص البائع وما يخص الغرماء بالنسبة إلى مال المفلس إجمالاً، ويُعطى كل واحد مقدار حصته.

(٣) من قوله: (بالثمن وإن) إلى هنا سقط من (ي).

قال:

(واحترزْنـا بـ «الـمُعـاوَضة» عـن مِلْكٍ حصـلَ بهبةٍ أو إرث، أو رجعَ بإقالة، أو رُدَّ بعَيْب؛ فلا شُفْعَةَ في شيْءٍ من ذلك. وتثبُتُ (ح) الشُّفْعةُ في ما جُعِلَ أُجرةً في إجارة، أو صـداقاً في نـكـاح، أو عوضاً في كِتابةٍ أو خُلْعٍ أو صُلْحٍ عن دَمٍ عمدٍ أو عن مُتْعةِ نكاح[١]. ولو بذلَ المُكاتَبُ شِقْصاً عِوَضاً عن نُجومِه ثُمَّ عجَزَ ورُقَّ ففي الشُّفْعةِ[٢] خلاف؛ إذ خرَجَ عن كونِه عِوَضاً. ولـو أوصى لـمُستَولَدتِه بشِقْـصٍ إن خدمَتْ أوْلاده شـهراً، ففيـه خلاف؛ لتردُّدِه بينَ الوصيّةِ والمعاوضة).

القيد الثالث: في ضبط المأخوذ منه: أن يكون ملكه حاصلاً بمعاوضة، فيخرج عنه ما إذا ملك بإرثٍ أو هبةٍ، أو وصيةٍ؛ فإنه لا يؤخذ بالشُّفعة[٣].

أما الإرث؛ فلأن الوارث لا اختيار له في حصول الملك، بخلاف ما إذا ملك

---

(١) متعة النكاح: المتعة ـ بالضم والكسر ـ: اسم للتمتيع كالمتاع، والمتاع كل ما يُنتفع به، وأصله: ما يتبلغ به من الزاد، ومتعة النكاح أو الطلاق هي ما وصلت به المرأة بعد الطلاق، وسميت بذلك، لأنها تنتفع به. انظر: «القاموس المحيط» باب العين، فصل الميم ص٧٦٢ (متع)، «المصباح المنير» (٢/ ٥٦٢) (المتاع).

وقال الرافعي: «المتعة اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها». انظر ما سيرد (١٨٨/١٤).

ومتى تجب المتعة للمرأة، ومتى تسقط؟ فيه أحوال وخلاف. انظر: «المرجع السابق» (٨/ ٣٢٩ - ٣٣١)، «المبدع» (٧/ ١٦١، ١٦٩)، «كشاف القناع» (٥/ ١٤٨ - ١٤٩).

(٢) في (ز): (بطلان الشفعة).

(٣) قال الشيرازي: «لأنه ملكه بغير بدل، فلم تثبت فيه الشفعة». «المهذب» (١٤/ ٣٠١).

اختياراً، فإنه كان من حقه ألا يدخل على الشريك، ولا يضرّ به، فـإذا لـم يفعل سلّط الشريك عليه.

وأما الهبة والوصية؛ فلأن المتهب والموصى له تقلد المنة من الواهب والموصي بقبول تبرّعهما، ولو أخذ الشفيع لأخذ عن استحقاق، وتسلط[١]، فلا يكون متقلداً للمِنَّة، ووضع الشفعة على أن يأخذ الشفيع ما[٢] أخذ به المتملك.

ولو وهب بشرط الثواب، أو مطلقاً، وقلنا: إنه يقتضي الثواب، فوجهان:

أصحهما: أنه يؤخذ بالشفعة؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة.

والثاني: لا يؤخذ؛ لأنه ليس المقصود منه المعاوضة، وعلى الأول ففي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان:

أظهرهما: الأخذ؛ لأنه صار تبعاً[٣].

والثاني: لا؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض.

وهذا هو الخلاف في أن الاعتبار[٤] باللفظ أو المعنى.

ولو اشترى شقصاً، ثم تقايلا، فإن كان الشفيع قد عفا، فتجدد الشفعة[٥] ينبني على أن الإقالة فسخ أو بيع؟ إن قلنا: بيع، تجدّدت، وأخذه من البائع. وإن قلنا: فسخ، لم تتجدد، كما لا تتجدد بالرد بالعيب[٦]؛ لأن الفسوخ، وإن كانت تشتمل

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ولو تسلط).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الشفعة بما)، وفي (ز): (الشفيع بما).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بيعاً).

(٤) في (ي): (الاختيار).

(٥) قوله: (فتجدد الشفعة) سقط من (ز).

(٦) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٢٩٥)، «التهذيب» (٤/ ٣٦٦).

على تراد العوضين، فلا تعطى أحكام المعاوضات، ألا ترى أنه يتعين فيها العوض الأول[١].

وإن جرت الإقالة قبل علم الشفيع بالشفعة، فإن جعلنا الإقالة بيعاً، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بها، وبين أن ينقضها، حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه. وإن جعلناها فسخاً، فهو كطلب الشفعة بعد الردّ بالعيب، وقد سبق[٢].

ويدخل في الضبط: ما إذا جعل الشقص أجرة في إجارة، أو جعلاً في جعالة، أو رأس مالٍ في سلم، أو أصدق امرأته شقصاً، أو متعها به، أو خالعها على شقصٍ، أو صالح عليه عن[٣] مالٍ، أو دمٍ، أو جراحةٍ، أو جعله المُكَاتبُ عوضاً عن النجوم، فتثبت الشفعة في ذلك كله، خلافاً لأبي حنيفة[٤]، حيث قال: لا تثبت الشفعة إلا في الشراء، وهو رواية عن أحمد[٥].

لنا: قياس ما عداه عليه، بجامع أنه مملوك بعقد معاوضة.

ولو أقرضه شقصاً: قال في «التتمة»: القرض صحيح، وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض. وإنما تثبت الشفعة في الجعالة: بعد العمل، فإن الملك حينئذ يحصل للعامل.

---

(١) قال الشيرازي: «لم تثبت فيه الشفعة، لأنه لم يملكه بعوض، وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل». «المهذب» (١٤/ ٣٠١).

(٢) قال البغوي: «وإن قلنا: فسخ، هل له رد فسخه؟ فيه وجهان، كما لو رَدّ الشقص بالعيب». «التهذيب» (٤/ ٣٦٦).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (على).

(٤) «المبسوط» (١٤/ ١٤٥)، «الهداية» (٩/ ٤٠٥)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٠ - ١١). وهذا: لأن الأخذ بالشفعة يُملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو، وأخذه لا يكون إلا بمبادلة مال بمال مطلقاً.

(٥) «الكافي» (٢/ ٤١٨)، «الإنصاف» (٦/ ٢٥٢)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٤٣٤).

ثم في الفصل فرعان:

أحدهما: لو بذل المكاتب شقصاً عوضاً[١] عن بعض النجوم[٢]، ثم عجز ورقَّ، ففي بطلان الشفعة وجهان:

ينظر في أحدهما إلى أنه كان عوضاً أو لا[٣].

وفي الثاني: إلى خروجه أجراً عن العوضية، وهذا أظهر.

والخلاف شبيه بما ذكرنا في ما إذِا كان الثمن عيناً، وتلف قبل القبض.

الثاني: لو قال لمستولدته: «إن خدمت أولادي شهراً، فلك هذا[٤] الشقص»، فخدمتهم، استحقت الشقص، وفي ثبوت الشفعة فيه، وجهان[٥]:

أحدهما: تثبت؛ لأنها ملكته بالخدمة، فكان كالمملوك بالإجارة، وسائر المعاوضات.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه وصية[٦] معتبرة من الثلث، كسائر الوصايا، وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية.

وقوله في الكتاب: (عن ملك حصل بهبة)، أُعلِمَ لفظ (الهبة) بالميم؛ لأنه

---

(١) قوله: (أحدهما) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (عن نجوم الكتابة).

(٣) وبناءً عليه فلا تثبت الشفعة، وتقريره: أن مال المكاتب بعجزه صار لمولاه لحق الملك، لا بالمعاوضة، ولا شفعة في ما مُلك بغير معاوضة. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧١).

(٤) قوله: (هذا) سقط من (ط العلمية).

(٥) أطلقهما في «حلية العلماء» (٥/ ٢٧٢)، «التهذيب» (٤/ ٣٤٤).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لأنها معتبرة).

روى في «الوسيط»[١] عن مالكٍ[٢]: أنه يؤخذ[٣] الموهوب بالقيمة، وهذه إحدى الروايتين عنه في ما ذكره في «الشامل».

وقوله: (أو رجع بإقالة)، معلمٌ بالواو لما ذكرنا. ويجوز أن يعلم بالحاء؛ لأنّ صاحب «الشامل» حكى عن أبي حنيفة[٤]: ثبوت الشفعة فيه، وكذا في الردّ بالعيب، إذا جرى بالتراضي.

وقوله: (وتثبت الشفعة في ما جعل أجرة)، معلم بالحاء. ويجوز أن يعلم بالواو؛ لأن في «أمالي أبي الفرج السرخسي»: أن صاحب «التلخيص» قال: إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم، ولا بالقرض، فلا شفعة فيه؛ لأنه تعذر أخذه بما ملك به المتملك، وهو غريب.

وقوله: (أو صلح عن دم عمد) ربما يبحث فيه عن سبب التقييد بالعمدية.

واعلم أن الجناية على النفس فما دونها، تنقسم إلى: ما لا يوجب القصاص، والقول في صحة الصُّلح عن موجبها ما ذكرناه في كتاب الصلح[٥]. وإلى ما يوجبه،

---

(١) «الوسيط» (٤/ ٧٤).

(٢) عند المالكية: تثبت الشفعة في مختلف وجوه المعاوضات بأي نوع كان من التمليكات من مهر وخلع وبيع وإجارة وصلح من أرش جناية أو قيمة متلف أو دم عمداً أو خطأً أو غير ذلك من المعاوضات. أما الهبة فإن كانت لثواب فتثبت فيها الشفعة لكن بعد لزوم الثواب. انظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٥)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٢ - ٤٨٣).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يأخذ).

(٤) «بدائع الصنائع» (٥/ ١١)، «الهداية» (٩/ ٤١١). وذلك: لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث، لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي. وكذا الرد بالعيب إن كان بغير قضاء القاضي فتثبت فيه الشفعة، لأن الرد بغير قضاء بيع جديد في حق ثالث.

(٥) يجوز الصلح عن أروش الجنايات إن كانت معلومة القدر والصفة كالدراهم والدنانير. انظر ما سلف (٧/ ٣١١).

والصلح عنها[1] مبنيٌّ على الخلاف في أنّ موجب العمد ماذا؟

وإذا تأملت القسمين، وجدت صحة الصُّلح عما يوجب القصاص أظهر وأعم، فيمكن أن يكون ذلك سبب التقييد بالعمدية التي هي مناط القصاص.

وقوله: (ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نجومه)، أشار به إلى أن نفس الشقص لا يمكن الكتابة عليه؛ لأنه لا يثبت في الذمة بعقود المعاوضات، والمعيّن لا يملكه العبد، وهذا هو المراد بقوله قبله: (أو عوضاً في كتابة).

قال:

(ولو اشترى الوصيُّ للطِّفْلِ وهو شريكٌ أخذَ (و) بالشُّفْعةِ لنفسِه، ولو باعَ شِقْصَ الطِّفْلِ لم يأخذْ[2] (و)؛ لأنه مُتَّهَمٌ كما لو باعَ من نفسِه، والأبُ يأخذُ فإنه غيرُ مُتَّهَم، ولذلك يبيعُ من نفسه. ولو كانَ المشتري[3] له في الدارِ شركةٌ أخرى قديمةٌ فيترُكُ (و) عليه ما يخُصُّه لو كانَ المشتري غيرَه).

فيه مسألتان:

الأولى: إذا باع الوصي، أو القيم شقصاً للطفل، وهو شريك فيه: فأصح الوجهين ـ وبه قال ابن الحداد، وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه ليس له أخذه بالشفعة؛ لأنه لو تمكّن منه، لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء للصبي، ويتسامح في البيع؛ ليأخذه بالشفعة بالثمن البخس، وهذا كما أنه لا يتمكن من بيع ماله من نفسه.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (هاهنا).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم يأخذه).

(٣) قوله: (المشتري) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

والثاني: عن رواية صاحب «التقريب» ـ وبه قال أبو الحسين بن القطان ـ: أن له الأخذ؛ لأنه حقٌّ ثبت له على المشتري بعد تمام العقد، وانقطاع ملك الطفل.

ولو اشترى شقصاً للطفل، وهو شريكٌ في العقار: فالمشهور أنه يأخذ[١]؛ لأنه لا تُهمة هاهنا، إذ لا يزيد في الثمن ليأخذ به.

ونقل في «الشامل» وجهاً آخر؛ لأن في الشراء والأخذ تعليق عهده بالصبي من غير منفعة له.

وللأب والجد، الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين، سواء باعا أو اشتريا؛ لقوة ولايتهما وشفقتهما، ولهذا كان لهما بيع مال الطفل من أنفسهما.

ولو كان في حجر الوصيّ يتيمان، بينهما دار، فباع نصيب أحدهما من رجل، فله أخذه بالشفعة للثاني؛ لأن الأول قد يحتاج إلى البيع، والثاني إلى الأخذ.

ولو وكل أحد شريكي الدار صاحبه ببيع نصيبه فباعه، ففي الشفعة وجهان أيضاً.

لكن الشيخ أبا علي قال: إن الأكثرين هاهنا على أنه يأخذ؛ لأن الموكل ناظر لنفسه، يعترض ويستدرك إن عثر على تقصير من الوكيل[٢]، والصبي عاجز عن ذلك، فيُصَانُ حقّه عن الضّياع.

ولو وكل إنسان أحد الشريكين بشراء شقص من الآخر، فله الأخذ بلا خلاف.

---

(١) في (ز): (يأخذه).

(٢) في (ط العلمية): (الموكل).

وقـال أبو حنيفة[١]: في الوكيل والوصي معاً تثبت الشفعة في الشراء، ولا تثبت في البيع.

ولو وكل الشريك الشريك ببيع نصف نصيبه[٢]، أو أذن له في بيع نصيبه، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء، فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقة واحدة، فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة، وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل، فيه وجهان.

المسألة الثانية: إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة، بأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً، فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين:

فأصح الوجهين ـ وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أبو حنيفة[٣] ومالك[٤] والـمُـزَنيّ[٥] ـ: أن المشتري والشريك الآخر يشتركان في البيع؛ لاستوائهما في الشركة، كما لو كان المشتري غيره.

---

(١) عند الحنفية: الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشتراه لموكله، لنفسه بالشفعة، دون الوكيل بالبيع. أما الوصي إذا اشترى أو باع للصبي داراً وهو شفيعها، لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة، لأن ذلك بمنزلة الشراء منه، والوصي لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦ – ١٧)، «المبسوط» (١٤/ ١٢١ – ١٢٢، ١٥٥)، «الهداية» (٩/ ٤١٧ – ٤١٨).

(٢) في (ز): (نصف شريكه).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٥٢).

(٤) قوله: (ومالك) زيادة في (ز).
انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٧)، «الخرشي» (٦/ ١٧٣ – ١٧٤).

(٥) قـال الـمُـزَنيّ: «ولـو اشـترى شقـصاً وهو شفيـع، فجـاء شفيع آخر، فقال المشتري: «خذها كلها بالثمن أو دع»، وقال هو: «بل آخذ نصفها»، كان ذلك له، لأنه مثله وليس له أن يلزم شفعته لغيره». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

وعن ابن سريج[١]: أن الشريك الثالث ينفرد بالشفعة، ولا حق فيه للمشتري؛ لأن الشفعة تستحق على المشتري، ولا يجوز أن يستحقها المشتري على نفسه[٢].

فعلى هذا، الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع، أو يأخذ الجميع. وعلى الأصح هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع، أو يترك.

فإن قال المشتري[٣]: «خذ الكلّ، أو اترك الكل، وقد تركت أنا حقي»، لم تلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري الشفعة؛ لأن ملكه مستقرّ على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب، فأخذ الحاضر الجميع، ثم عاد الغائب، له أن يأخذ نصفه.

وليس للحاضر أن يقول له[٤]: «اترك الكل، أو خذ الكل، وأنا تركت حقي»، ولا نظر إلى تبعيض الصفقة عليه، فإنه لزم من دخوله[٥] في هذا العقد.

وعن رواية الشيخ أبي علي وجه: أنه إذا ترك المشتري حقه، وجب على الآخر أخذ[٦]

---

(١) قال الماوردي: «وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج، ووجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه، وموافقاً لأصحابه». «الحاوي» (٩/ ٩٢).

(٢) قال الماوردي: «ألا ترى أن جناية السيد على عبده هدر، لأنها مأخوذة منه، فلم يجز أن تثبت للمشتري شفعة على نفسه، وتثبت الشفعة عليه لغيره». «الحاوي» (٩/ ٩٣)، انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٤).

(٣) قوله: (المشتري) زيادة في (ز).

(٤) قوله: (له) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإنه يلزمه دخوله).

(٦) قوله: (أخذ) سقط من (ط العلمية).

الكلّ، أو ترك الكل[١]، كما إذا باع من أجنبي، وله شفيعان، فترك أحدهما حقّه، يأخذ الآخر الكل أو يترك[٢] الكل[٣]. إلا أن هذا الترك سابق على اختيار التملك هاهنا، وفي ما نحن فيه: اختيار[٤] التملك بالشراء، فلم يؤثر الإعراض بعده.

ولو كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصف نصيبه من ثالثٍ، ثم باع النصف الثاني من ذلك الثالث: فعلى الأصح: حكمه حكم ما لو باع النصف الثاني من أجنبي، وهو مذكور في الباب الثاني. وعلى ما ذكره ابن سريج: لا شفعة للمشتري، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل، أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر.

وإذا عرفت ما ذكرناه، أعلمت قوله في الكتاب: (أخذ بالشفعة لنفسه)، بالواو، وكذا قوله: (لم يأخذ؛ لأنه متهم)، وقوله: (فيترك عليه ما يخصه).

قال:

(ولو باعَ المريضُ شِقْصاً يساوي ألفيْنِ بألفٍ من أجنبيّ، والوارثُ شريك؛ فلا يأخُذُ[٥] بالشُّفْعة؛ لأنه يصِلُ إليهِ المحاباة[٦]. وقيلَ: يأخُذُ؛ لأنّ المحاباةَ معه ليستْ من المريض. وقيلَ: لا يصحُّ البيع؛ لتَناقُضِ الإثباتِ والنَّفي جميعاً. وقيل: يأخُذُ الوارثُ بقدرِ قيمةِ الألف، والباقي يبقى للمشتري مجّاناً).

---

(١) قوله: (الكل) سقط من (ط العلمية).

(٢) قوله: (أو يترك) سقط من (ي).

(٣) قوله: (الكل) زيادة في (ز).

(٤) في (ط العلمية): (نحن فاختيار).

(٥) في (ز): (يأخذه).

(٦) المحاباة: يقال حاباه محاباة وحِباء، أي نصره واختصه ومال إليه. انظر: «القاموس المحيط» باب الواو والياء، فصل الحاء ص١٢٧٢ (حبا).
وتحصل المحاباة في هذه الصورة باختصاص الوارث بألف زائدة، حيث يأخذ ما يساوي ألفين بألف، في ما لو أخذ بالشفعة.

إذا باع في مرض موته شِقصاً وحابى: فلا يخلو إما أن يكون المشتري والشفيع أجنبيين، أو وارثين، أو المشتري وارثاً، والشفيع أجنبيّاً، أو بالعكس، والمذكور في الكتاب: هو القسم الرابع، ونحن نذكر أربعتها:

الأول: أن يكونا أجنبيين: فإن احتمل الثلث المحاباة، صح البيع، وأخذ الشقص بالشفعة، ولا إشكال، وإن لم يحتمله، كما إذا باع شقصاً يساوي ألفين بألف، ولا مال له غيره، نظر: إن رده الورثة بطل البيع في بعض المحاباة، وفي صحته في الباقي[1] طريقان:

أحدهما: التخريج على الخلاف في تفريق الصفقة.

والثاني: القطع بالصحة. وإذا قلنا بالصحة، ففي ما يصح فيه البيع قولان:

أحدهما: أنه يصح في قدر الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن[2].

والثاني: أنه لا يسقط شيء من المبيع، إلا ويسقط ما يقابله من الثمن.

وقد وجهنا كل واحد من الطريقين والقولين، وتكلمنا في ما هو الأظهر في تفريق الصفقة[3]. فإن قلنا بالقول الأول الأصح[4]: صحَّ البيع في الصورة المفروضة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن. وإن قلنا بالثاني: دارت المسألة، وحسابها أن يقال: صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباة، وهو نصف شيء،

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الثاني).

(٢) قال البغوي: «الصحيح من المذهب: أنا نضم ثلث ماله إلى قدر ما يقابل قيمة الثمن، فيصح في قدره البيع، فيكون البيع صحيحاً في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن». «التهذيب» (٤/ ٣٦٦).

(٣) انظر ما سلف (٦/ ٨٥-٨٦).

(٤) قوله: (الأصح) زيادة في (ز).

فمثلاه[١] شيء، فيجبر[٢] ويقابل فيكون ألفان معادلين لشيء ونصف، والشيء من شيء[٣] ونصف ثلثاه.

فعلمنا أن البيع صح في ثلثي الشقص وقيمته ألف وثلاثمئة وثلاثة وثلاثون وثلث ثلثي المثمن، وهو نصف هذا المبلغ، فتكون المحاباة ستمئة وستة وستين وثلثين[٤]، يبقى للورثة ثلث الشقص، وثلثا الثمن، وهما ألف وثلاثمئة وثلاثة وثلاثون وثلث، وذلك ضعف المحاباة.

وعلى القولين جميعاً للمشتري الخيار؛ لأن جميع المبيع لم يسلم له، فإن أجاز أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول، وثلثيه[٥] بثلثي الثمن على الثاني ولو أراد أن يفسخ، وجاء الشفيع[٦]، فمن المجاب منهما؟ فيه الخلاف المذكور في الرد بالعيب.

وكذا لو فسخ قبل طلب الشفيع، تبطل الشفعة، أم للشفيع رد الفسخ وأخذ الشقص[٧]؟ فيه ما سبق من الخلاف[٨].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فتلاها)، وفي (ز): (فمثلاها).

(٢) الجبر: خلاف الكسر، والجبر في الحساب: إلحاق شيء به إصلاحاً لما يريد إصلاحه. انظر: «تاج العروس» فصل الجيم، باب الراء (٣/ ٨١، ٨٧) (جبر).

وعلم الجبر: فرع من فروع الرياضة، يقوم على إحلال الرموز محل الأعداد المجهولة أو المعدومة. «المعجم الوسيط» (١/ ١٠٩) (جبر).

(٣) في (ط العلمية): (ونصف الشيء من شيء).

(٤) في (ط العلمية): (وثلثي المثل).

(٥) في (ط العلمية): (ويبقى)، وفي (ي)، (ز): (ثلثه). وفي «التهذيب» (وإن قلنا: يصح في الثلثين بثلث الثمن). (٤/ ٣٦٦).

(٦) في (ي): (الشفيع طالب بالشفعة).

(٧) قوله: (وأخذ الشقص) زيادة في (ي)، (ز).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٦ - ٣٦٧).

وإن أجاز الورثة صح البيع في الكل، ثم إن قلنا: إن إجازتهم تنجيز لما[١] فعله المورث أخذ الشفيع الكل بكل الثمن. وإن قلنا: إنها ابتداء عطية منهم، لم يأخذ الشفيع القدر النافذ بإجازتهم، وأخذ القدر المستغنى عن إجازتهم، وفيه القولان المذكوران عند الرد.

القسم الثاني والثالث: أن يكونا وارثين، أو المشتري وارثاً: فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث، وهي مردودة[٢]. فإن لم نفرق الصفقة بطل البيع في الكل. وإن فرقناها، فإن قلنا في القسم الأول ـ والتصوير ما سبق ـ: إن البيع يصح في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن، فهاهنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن[٣]. وإن قلنا[٤]: يصح هناك في ثلثيه بثلثي الثمن، فهاهنا يبطل البيع في الكل، هكذا ذكره القفال وغيره؛ وعلله في «التهذيب»[٥]: بأن البيع لا يبطل في شيءٍ إلا ويسقط بقدره من الثمن[٦]، فما من جزء يصح فيه البيع إلا ويكون بعضه محاباة وهي مردودة.

ولك هاهنا كلامان:

أحدهما: أن المفهوم من هذا التوجيه[٧]: شيوع المعاوضة والمحاباة

---

(١) كذا في (ز).

(٢) قال الماوردي: «فالمحاباة باطلة وإن خرجت من الثلث، لأنها وصية الوارث». «الحاوي» (٩/ ١٧).

(٣) قال الشاشي: «ولم تجز الورثة، بطل البيع في نصفه». «حلية العلماء» (٥/ ٢٨٠).

(٤) من قوله: (في القسم الأول) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٣٦٧).

(٦) قوله: (من الثمن) سقط من (ز).

(٧) قوله: (التوجيه) سقط من (ز).

في جميع الشقص، وذلك لا يمنع تخصيص قدر المحاباة بالإبطال، ألا ترى أنه لم يمنع في القسم الأول تخصيص ما وراء القدر المحتمل من[(١)] المحاباة بالإبطال.

والثاني: أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة على رأي، كما أن الوصية بما زاد على الثلث موقوفة على[(٢)] إجازة الورثة على رأي، فليفرق هاهنا أيضاً[(٣)] بين الإجازة، والرد كما في القسم الأول[(٤)].

والرابع: أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري، فإذا احتمل الثلث المحاباة، أو لم يحتمل، وصححنا البيع في بعض المحاباة في القسم الأول، ومكَّنَّا الشفيع من أخذه، فهاهنا وجوه:

أحدها: أنه يصح البيع كذلك، ولا يأخذه الوارث بالشفعة.

أما صحة البيع فلأن المشتري أجنبي، وأما منع الشفعة فلأنها لو ثبتت كان[(٥)] المريض بسبيلٍ من أن ينفع الوارث بالمحاباة؛ لأن الشفعة تستحق بالبيع[(٦)].

---

(١) في (ي): (في).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لا تنفذ من غير).

(٣) قوله: (أيضاً) زيادة في (ي)، (ز).

(٤) قال الماوردي: «فلو أن باقي الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوه الشقص كله بالألف، جاز». «الحاوي» (٩/ ١٧).

(٥) في (ط العلمية): (كله).

(٦) قال أبو إسحاق الشيرازي: «لأن إثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال البيع، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره سقط، فسقطت الشفعة وبقي البيع». «المهذب» (١٤/ ٣١٢).

والثاني: أنه يصح، ويأخذه الوارث بالشفعة[١]؛ لأن محاباة البائع مع المشتري وهو أجنبي عنه والشفيع[٢] يتملك على المشتري، ولا محاباة معه من المريض[٣].

والثالث: أنه لا يصح البيع أصلاً؛ لأنه لو صح لتقابلت فيه أحكام متناقضة؛ لأنا إن لم نثبت الشفعة أضررنا بالشفيع، وإن أثبتناها أوصلنا إليه المحاباة، وهذا ما عناه بقوله: (لتناقض الإثبات والنفي جميعاً[٤]).

والرابع: أنه يصح البيع[٥] في الجميع، ويأخذ الشفيع ما يوازي الثمن منه[٦]، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً؛ لأن المحاباة تصح[٧] مع الأجنبي دون الوارث، فيجعل كأنه باع الشقص منه، ووهب بعضه، فيأخذ المبيع دون الموهوب[٨].

والخامس: أنه لا يصح البيع إلا[٩] في القدر الموازي للثمن[١٠]؛ لأنه لو صح

---

(١) من قوله: (أما صحة) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) من قوله: (الوارث بالشفعة) إلى هنا سقط من (ط العلمية).

(٣) قال الماوردي: «لأن المشتري ممن يصح محاباته وهو بها مقصود، والشفيع ممن لا تصح محاباته وهو بها غير مقصود». «الحاوي» (٩/ ١٨)، انظر: «المهذب» (١٤/ ٣١٢).

(٤) وقال الشيرازي: «لأن المحاباة تعلقت بالكل، فلا يجوز أن تُجعل في نصفه». «المهذب» (١٤/ ٣١٢).

(٥) قوله: (البيع) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٦) قوله: (منه) سقط من (ز).

(٧) قوله: (تصح) سقط من (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٨) قال أبو إسحاق الشيرازي: «لأن المحاباة وصية، والوصية للمشتري تصح، ولا تصح للشفيع، فيصير كأنه وهب له النصف وباع من النصف بثمن المثل. ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن، ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن». «المهذب» (١٤/ ٣١١ - ٣١٢).

(٩) قوله: (إلا) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(١٠) يعني أن البيع يصح في نصف الشقص بالألف، وينفسخ في النصف الآخر.

في الكل، فإن أخذه الشفيع وصلت إليه المحاباة[١]، وإن أخذ ما وراء قدر المحاباة، كان إلزاماً لجميع الثمن ببعض المبيع، وهو على خلاف وضع الشفعة.

وقد يقال في العبارة عن هذا الوجه: إن ترك الشفيع الشفعة، صحت المحاباة مع المشتري، وإلا فهو كما لو كان المشتري وارثاً فلا تصحّ المحاباة.

والأوجه الأربعة الأخيرة تُحكى عن ابن سريج.

وأصح الخمسة عند الأكثرين - منهم أبو علي صاحب «الإفصاح»، والعراقيون، والأستاذ أبو منصور[٢]، والإمام، وصاحب «التهذيب» -: إنما هو الثاني[٣]: والأول عند ابن الصباغ، وهو[٤] قضية إيراده في الكتاب.

ويحسن أن يرتب، فيقال: في صحة البيع وجهان: إن صح فيصح في الجميع، أو في ما وراء قدر المحاباة وجهان: إن صح في الجميع فيأخذ الجميع[٥] بالشفعة، أو ما وراء قدر المحاباة، أو لا يأخذ شيئاً، فيه ثلاثة أوجه.

---

(١) فتكون وصية لوارث. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣١٢).

(٢) الأستاذ أبو منصور: عبد القاهر بن طاهر بن محمد التميمي البغدادي، فقيه أصولي نحوي، سمع أبا بكر الإسماعيلي وأبا بكر بن عدي، ودرس على الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني. من تصانيفه: «شرح مفتاح ابن القاص»، «التفسير»، «الدوريات»، «التكملة في الحساب»، «العماد في مواريث العباد»، «فضائح المعتزلة»، وغيرها. توفي بإسفرايين سنة (٤٢٩هـ) ودفن بجانب قبر أستاذه أبي إسحاق. انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (١/ ٩٦ - ٩٧) (١٦٩)، «طبقات الشافعية الكبرى» (٣/ ٢٣٨ - ٢٣٩).

(٣) وكذا صححه أبو إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٤/ ٣١٢).

(٤) قوله: (هو) سقط من (ط الفكر).

(٥) قوله: (فيأخذ الجميع) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

قال:

(ولو تساوَقَ[١] شَريكانِ إلى مجلِسِ الحكم، وزعمَ كُلُّ واحدٍ أنّ شِراءَ الآخرِ مُتَأخِّرٌ وله الشُّفْعة؛ فالقولُ قولُ كُلِّ واحِدٍ في عِصْمةِ مِلْكِه عن الشُّفْعة. فإن تحالَفا أو تَناكلا تساقطا، وإن حلفَ أحدُهما ونكلَ الآخرُ قُضيَ لِـمَن حلف[٢]).

ذكرنا من قبل أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط في استحقاق الشفعة، فلو كانت في يد رجلين دار اشترياها بعقدين، وادعى كل واحد منهما أن شراءه كان قبل شراء صاحبه، وأنه يستحق الشفعة عليه، نظر، إن ابتدأ أحدهما بالدعوى، أو جاءا معاً وتنازعا في البداءة، فقدم أحدهما بالقرعة وادعى، فعلى الآخر الجواب، ولا يرضى منه الجواب بأن يقول: «بل[٣] شرائي أسبق»، فإنه ابتداء دعوى، بل إما أن ينفي سبق شراء المدعي، أو يقول: «لا يلزمني تسليم شيء إليك»، وحينئذ يحلف.

فإن حلف استقرّ ملكه، ثم تسمع دعواه على[٤] الأول، فإن حلف استقرّ ملكه

---

(١) في (ط الفكر): (تساوى).

تساوق: يقال: تساوقت الإبل، أي تتابعت وتقاودت فهي متساوقة ومتقاودة، وتساوقت الغنم: تزاحمت في السير، والمساوقة: المتابعة، كأن بعضها يسوق بعضاً. قال الفيومي: و«الفقهاء يقولون: تساوقت الخطبتان، ويريدون المقارنة والمعية وهو ما إذا وقعتا معاً ولم تسبق إحداهما الأخرى، ولم أجده في كتب اللغة بهذا المعنى». انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب القاف (٦/ ٣٨٨ - ٣٨٩) (ساق)، «المصباح المنير» (١/ ٢٩٦) (سقت).

(٢) في (ز): (حلف به).

(٣) قوله: (بل) سقط من (ز).

(٤) في (ز): (وعلى الأول).

أيضاً[1]. وإن نكل المدعى عليه أولًا وردت[2] اليمين على المدعي، فحلف أخذ ما في يد المدعى عليه، وليس للمدعى عليه الناكل[3] بعد ذلك أن يدعي عليه؛ لأنه لم يبق له ملك يأخذ به الشفعة. وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة، سقطت دعواه، وللمدعى عليه أن يدعي عليه، هذا إذا لم يكن لواحدٍ منهما بينة.

أما إذا أقام أحدهما البينة على السبق دون الآخر، قضى له. وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة[4] على سبق شرائه مطلقاً، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه اشترى يوم الأحد، فهما متعارضتان، وفي تعارض البينتين قولان:

أحدهما: أنهما يتساقطان، فكأنه لا بينة لواحدٍ منهما[5].

والثاني: أنهما يستعملان، وفي كيفيته أقوال:

أحدها: القرعة، فعلى هذا من خرجت قرعته، أخذ نصيب الآخر بالشفعة.

والثاني: القسمة، ولا فائدة لها هاهنا إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت فيكون النصف مقيداً.

والثالث: الوقف، وعلى هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال.

ومنهم من لم يجر قول الوقف هاهنا، وقال: لا معنى للوقف مع كون الدار في يدهما[6].

---

(١) أي وحينئذ لا شفعة لأحدهما على الآخر. انظر: «الحاوي» (٩/ ٨٧)، «التهذيب» (٤/ ٣٧٥).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ردت).

(٣) قوله: (الناكل) سقط من (ي).

(٤) قوله: (منهما بينة) سقط من (ي).

(٥) قال الماوردي: «ويتراجعان إلى اليمين والتحالف». «الحاوي» (٩/ ٨٩).

(٦) قال البغوي: «فلا يأتي قول الوقف ولا قول القِسمة، لأن الدار في أيديهما». «التهذيب» (٤/ ٣٧٥).

ولو عينت كلّ واحدة من البينتين وقتاً واحداً، فلا تنافي بينهما؛ لاحتمال وقوع العقدين معاً، ولا شفعة لواحدٍ منهما؛ لأنا تبيَّنَّا وقوع العقدين معاً.

وفيه وجه: أنهما يسقطان؛ لأن واحدة منهما لم تتعرض لمقصود مقيمها، فكأنه لا بينة، والله أعلم.

* * *

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(الباب الثاني: في كيفيّة الأخذ

والنَّظرُ في أطرافٍ ثلاثة[١]:

الأوَّل: في ما يمْلِكُ به[٢]، فلا يَمْلِكُ بقوله: «أخذتُ وتملَّكْتُ»، ولكن يَمْلِكُ بتسليم الثَّمنِ وإن لم يرضَ المشتري به[٣]، أو بتسليم المشتري الشِّقْصَ إليه رضاً[٤] بكونِ الثَّمنِ في ذمّتِه. وهل يملِكُ بمُجَرَّدِ رضا المشتري دونَ التَّسليم، أو بقضاءِ القاضي له بالشُّفعةِ عندَ الطَّلب، أو بمجرَّدِ الإشهادِ على الطَّلب؟ فيه خلاف، الأظهر: أنه لا يملِك).

حق الشفعة قد يثبت لواحدٍ، وقد يثبت لجماعة، وعلى التقديرين فلا شكّ أنّ الأخذ بها ضرب تملك بعوض[٥]، فالحاجة ماسّة[٦] إلى بيان ما يحصل به الملك، وبيان العوض المبذول، وبيان الأحكام العارضة باعتبار تعدُّدِ المُسْتَحِقِّ، فعقد لهذه الأمور أطرافاً:

أما الأول: فلا يُشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري ورضاه؛ أما الأول: فلأنه ثابت بالنص، فيستغني عن حكم

---

(١) قوله: (ثلاثة) سقط من (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في ما لا يملك به).

(٣) قوله: (به) سقط من (ز).

(٤) في (ز): (إذا رضي).

(٥) في (ط الفكر): (يعرض).

(٦) قوله: (ماسة) زيادة في (ز).

الحاكم[١]. وأما الثاني: فلأنه تملك بعوض، فلا يفتقر إلى إحضار العوض كالبيع. وأما الثالث: فلما ذكرنا في الرد بالعيب[٢].

وعند أبي حنيفة[٣]: يعتبر حضور المشتري، أو حكم الحاكم، ولا يحكم الحاكم، إلا إذا أحضر الثمن.

وعن الصعلوكي: أن حضور المأخوذ منه، أو وكيله، شرط.

ولا بد من[٤] جهة الشفيع من لفظ كقوله: «تملكت» أو «اخترت[٥] الأخذ بالشفعة»، أو «أخذته بالشفعة»، وما أشبه ذلك، وإلا فهو من باب المعاطاة[٦].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٢).

(٢) ملخص ما ذكره: ١ ـ إنه أحد الطرفين، فلا يتوقف على حضور المتعاقدين، كالإجازة. ٢ ـ إنه إذا لم يفتقر في رفع العقد إلى صاحبه، وجب أن لا يفتقر إلى حضوره، كما لو طلق زوجته. انظر ما سلف (٦/ ١٢٦-١٢٧).

(٣) عند الحنفية: يُشترط حضور المشتري إذا كان الشقص في يده، وإذا كان في يد البائع فيُشترط حضور البائع والمشتري، وهذا لأن كلاً منهما خصم ومقضي عليه، فيُشترط حضوره، لئلا يكون قضاءً على الغائب وهو لا يجوز.
أما حضور المال أو الثمن: فليس بشرط في ظاهر الرواية، وإنما قال محمد: ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال، فإن طلب أجلاً أجله يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام، ولم يقض له بالشفعة. فإن قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه.
وقوله هذا يدل على أن حضور المال ليس بشرط وإنما هو نوع احتياط، بدليل أنه لو قضى قبله جاز ونفذ. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤ - ٢٥).

(٤) في (ي): (في).

(٥) في (ي): (أجزت).

(٦) المعاطاة: المناولة، من قولهم عطا زيدٌ درهماً، أي تناوله، ويتعدى إلى ثانٍ بالهمزة، فيقال: أعطيته درهماً. وقد استعمل الفقهاء المعاطاة في مناولة مخصوصة. انظر: «القاموس المحيط» باب الألف والياء، فصل العين ص١٣١٢ (عطا)، «المصباح المنير» (٢/ ٤١٧) (عطا).

ولا يكفي أن يقول: «لي حق الشفعة، وأنا مطالب بها»؛ لأن المطالبة رغبة في التملك، والملك لا يحصل بالرغبة المجردة، هكذا ذكره في «التتمة». وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي»: أن الطلب يكفي سبباً لثبوت الملك[١]، ولا يقف على قوله: «تملكت»، والأول أظهر.

وكذلك قالوا: يعتبر في التملك: أن يكون الثمن معلوماً للشفيع، ولم يشترطوا ذلك في الطلب، وينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولاً ما ذكرناه في بيع المرابحة[٢]. وفي «التتمّة» إشارة إلى نحو من هذا[٣]. ثم لا يملك الشفيع بمجرّد اللفظ، بل يعتبر[٤] مع ذلك أحد أمور:

الأول: أن يسلم العوض إلى المشتري، فيملك به إن تسلمه، وإلا خلّي بينه وبينه، أو رفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم[٥].

والثاني: أن يسلم[٦] المشتري الشقص، ويرضى بكون الثمن في ذمته. نعم،

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (التملك).

(٢) بيع المرابحة: هو عقد يبنى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة، والمرابحة مفاعلة من الربح. والذي ذكره الرافعي في بيع المرابحة: إن تبايعا وأحدهما جاهل به، ففي صحة العقد وجهان، أصحهما: أنه لا يصح، للجهل بالثمن. والثاني: أنه يصح، لأن الثمن فيه مبني على الثمن في العقد الأول، والرجوع إليه سهل، فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل الإحاطة بمبلغ الثمن، يجوز لسهولة معرفته. انظر: ما سلف (٦/ ٢٨٥)، «مغني المحتاج» (٢/ ٧٦).

(٣) في (ي): (إلى تجويز هذا).

(٤) في (ي): (يضم).

(٥) قال البغوي: «فلو طلب ولم يداوم عليه وتوانى في أداء الثمن، بطل حقه». «التهذيب» (٤/ ٣٥٣).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يتسلم).

لو باع شقصاً من دارٍ عليها صَفَائِحُ ذهب بالفضة، أو بالعكس، وجب التقابض[١]، ولو رضي بكون الثمن في ذمته، ولم يسلم له[٢] الشقص، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحصل الملك، وقول المشتري ما لم يتصل به القبض[٣] في حكم وعد[٤].

وأصحهما: الحصول؛ لأنه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض.

والثالث: أن يحضر مجلس القاضي، ويثبت حقه في الشفعة، ويختار التملك، فيقضي القاضي له بالشفعة، وفيه وجهان:

---

(١) ابتعاداً عن الربا. انظر: «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٠٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٠).

(٢) قوله: (له) زيادة في (ي).

(٣) في (ي): (يتصل بالقبض).

(٤) أي يكون غير ملزم.

هذا، وقد اختلف العلماء في حكم الوعد:

وذكر ابن العربي: أن الوعد إن كان منوطاً بسبب كقوله: «إن تزوجت، أعنتك بدينار»، فهذا لازم إجماعاً من الفقهاء، وإن كان وعداً مجرداً، قال بعضهم: يلزم بتعلقه، ورجح أن الوعد يجب الوفاء به على كلّ حال إلا لعذر.

وقال الجصاص: «الوعد بفعل يفعله في المستقبل وهو مباح، فإن الأولى الوفاء به مع الإمكان».

وقال الفخر الرازي: «أما الذي بينه وبين سائر الناس، فقد يكون ذلك من الواجبات مثل ما يلزمه في عقود المعاوضات من التسليم والتسلم، وكذا الشرائط التي يلتزمها في السلم والرهن، وقد يكون ذلك من المندوبات مثل الوفاء بالمواعيد في بذل المال والإخلاص في المناصرة». انظر: (ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله) «أحكام القرآن» (٤/ ١٨٠٠) (دار المعرفة، بيروت)، (القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري) «الجامع لأحكام القرآن» (١٨/ ٧٩) (دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ)، (الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي) «أحكام القرآن» (٣/ ٤٤٢) (دار الكتاب العربي، بيروت)، «التفسير الكبير» (٥/ ٤٤).

أحدهما: أنه لا يحصل الملك، ويستمر ملك المشتري إلى أن يصل إليه عوضه، أو يرضى بتأخيره.

وأصحهما: الحصول؛ لأن الشرع نزل الشفيع منزلة المشتري، حتى[١] كأن العقد عقد[٢] له، إلا أنه مخير بين الأخذ والترك، فإذا طلب وتأكد طلبه بالقضاء، وجب أن يحكم له[٣] بالملك.

والرابع: أن يُشْهِدَ عدلين على الطلب واختيار الشفعة[٤]، فإن لم نثبت الملك بحكم القاضي، فهاهنا أولى. وإن أثبتناه، فوجهان؛ لقوة قضاء القاضي[٥].

وقوله في الكتاب: (والأظهر: أنه لا يملك)، يقتضي ترجيح الوجه الصائر إلى عدم حصول الملك بالقضاء والإشهاد، وفي ما إذا رضي المشتري بأن يكون الثمن في ذمة الشفيع، ولم يسلم الشقص.

لكن جواب الأكثرين في هذه الصورة، وفي صورة قضاء القاضي بالشفعة: أنه يثبت الملك[٦].

وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول، لم يكن له أن يتسلمه حتى

---

(١) قوله: (حتى) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) قوله: (عقد) سقط من (ط العلمية).

(٣) قوله: (له) سقط من (ي).

(٤) قوله: (واختيار الشفعة) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) قوله: (لقوة قضاء القاضي) سقط من (ز).

(٦) قال البغوي: «إذا قضى له بها: فلا خيار له بعد ذلك، وعليه ثمنها. فرّع عليه ابن سريج فقال: لو قضى القاضي له بها فمات قبل أن ينقد الثمن أو يقبض الشقص، فهو مالك له». «التهذيب» (٤/ ٣٥٣).

يؤدّي الثمن، وإن تسلمه[١] المشتري قبل أداء الثمن، ولا يلزمه أن يؤخر حقه، بأن[٢] أخر البائع حقه.

وإذا لم يكن الثمن[٣] حاضراً[٤] وقت التملك، أمهل ثلاثة أيام، فإن انقضت، ولم يحضره[٥]، فسخ القاضي[٦] تملكه. هكذا حُكي عن ابن سريج[٧]، وساعده المعظم.

وفيه وجه آخر: أنه إذا قصَّر في الأداء، بطل حقه، وإن لم يوجد[٨]، رفع إلى الحاكم، وفسخ منه[٩].

قال:

(وهل يلْتحِقُ هذا التَّمْليكُ[١٠] بالشرِّاء في ثُبوتِ خِيارِ المجلسِ للشَّفيع، وامتناعَ التَّصرُّفِ في الشِّقْصِ قبلَ القبض، وامتناع التَّملُّكِ دونَ رؤيةِ الشِّقْص؟ فيه خلاف؛ من حيثُ إنه يُشبهُ البيعَ في كونِه مُعاوضة، ويُخالفُه في أنه لا تراضيَ فيه).

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإن سلمه).

قال الشاشي: «وللمشتري أن يمتنع من تسليمه حتى يأخذ الثمن». «حلية العلماء» (٥/ ٣٠٥).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإن).

(٣) قوله: (الثمن) سقط من (ي).

(٤) في (ي): (حاصل).

(٥) في (ي)، (ز): (يحضر).

(٦) في (ي)، (ز): (الحاكم).

(٧) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٣٠٥).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يؤخذ).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (به).

تقدم قول البغوي في ذلك.

(١٠) في (ز): (التملك).

فيه ثلاث صور:

إحداها: في ثبوت خيار المجلس للشفيع، خلافٌ ذكرناه في البيع[١]، والأظهر: الثبوت[٢]، ويحكى ذلك عن نصِّه في «اختلاف العراقيين»[٣]، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقته المجلس.

وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري؟ فيه وجهان، وجه المنع: أنه لا حظَّ له في الخيار، فلا اعتبار بمفارقته.

الثانية: إذا ملك الشفيع امتنع تصرف المشتري، وإن طلبه ولم يثبت الملك بعد، لم يمتنع. وأبدى الإمام[٤] فيه احتمالًا؛ لتأكد حقِّه بالطلب، وحكى[٥] وجهين في نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض، إذا كان قد سلم الثمن:

أظهرهما: المنع، كتصرف المشتري قبل القبض.

ووجه الثاني: كونه قهريّاً كالإرث. قال: ولو ملك بالإشهاد، أو قضاء

---

(١) في ثبوت خيار المجلس للشفيع «وجهان:
وجه الثبوت: أن سبيل الأخذ بالشفعة سبل المعاوضات، ألا ترى أنه يثبت فيه الرد بالعيب والرجوع بالعهدة؟
ووجه المنع: أن المشتري لا خيار له، وتخصيص خيار المجلس بأحد الجانبين بعيد». انظر ما سلف (٦/ ١١٠).

(٢) رجح الماوردي عدم الثبوت، حيث قال: «والوجه الثاني ـ وهو أصح ـ: أنه لا خيار له، لأن الشفعة موضوعة لدفع الضرر بها كالرد بالعيب الذي لا يملك فيه بعد الرد خياراً، وليس كالبيع الموضوع للمعاينة وطلب الأرباح». «الحاوي» (٩/ ٦٧).

(٣) ذكر ذلك الشاشي. انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٢٧٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٣٢-٣٣٣).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وحكى فيه).

القاضي، لم ينفذ تصرفه، وكذا لو ملك برضا المشتري بكون[١] الثمن عنده، والقياس التسوية.

الثالثة: في تملُّكِ الشفيع الشقص الذي لم يره طريقان[٢]:

أظهرهما: أنه على قولي بيع الغائب، إن منعناه لم يتملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية، وإن صححناه فله التملك. ثم منهم من جعل خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس، ومنهم من قطع به، وقال: المانع هناك على رأي[٣] بعد اختصاص ذلك الخيار بأخذ الجانبين.

والثاني: المنع، سواء صححنا بيع الغائب أو أبطلناه؛ لأن البيع جرى[٤] بالتراضي، فأثبتنا الخيار فيه، وهاهنا الشفيع يأخذ من غير رضا المشتري، فلا يمكن إثبات الخيار فيه. نعم، لو رضي المشتري بأن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار، فيكون[٥] على قولي بيع الغائب، ويحكى هذا الطريق عن ابن سريج.

وإذا جوزنا له التملك، وأثبتنا الخيار، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن، وإقباض المبيع؛ حتى يراه، ليكون على ثقة فيه[٦].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لكون).

(٢) وقال الماوردي: «على قولين، مبنيين على اختلاف قوليه في جواز البيع على خيار الرؤية». «الحاوي» (٩/ ٦٩).

(٣) قوله: (على رأي) سقط من (ي).

(٤) قوله: (جرى) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيكون بالخيار).

(٦) في (ز): (منه).

وقوله في الكتاب: (من[1] حيث إنه يشبه البيع)، إلى آخره: توجيه لطرفي الخلاف في المسائل الثلاث، والأظهر التحاقه بالشراء، ولذلك يرد الشفيع بالعَيْبِ.

ولو أفلس وكان[2] المشتري سلم الشقص إليه راضياً بذمته، يجوز له الاسترداد.

* * *

(١) قوله: (من) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) قوله: (وكان) سقط من (ي).

قال رحمه الله:

(الطَّرَفُ الثاني: في ما يُبذَلُ من الثَّمن:

وعلى الشَّفيعِ بذلُ مِثْلِ ما بذله المشتري إن كانَ مِثليّاً، أو قيمةِ[١] (و) يومِ العقدِ إن كانَ من ذواتِ القِيَم؛ فيبذلُ في المهورِ وما عليه الخلعُ قيمةَ (و م) البُضْع، وفي عِوَضِ الكتابةِ قيمةَ النُّجوم[٢] (و م)، وفي عِوَضِ المتعةِ قيمةَ المتعة[٣] (و م)، وفي الصُّلْحِ عن الدَّمِ[٤] قيمةَ الدم[٥] (و م).).

المقصود الآن: بيان ما يأخذ به الشفيع، والمأخوذ أنواع:

منها: المبيع، فإن بيع بمثليٍّ كالنقدين والحبوب، أخذه بمثله. ثم إن قدّر بمعيار الشرع أخذه به، وإن كان قدّر بغيره كما لو باع بمئة مَنٍّ[٦] من الحنطة فيأخذه بمثله وزناً، أو يُكَالُ ذلك المبلغ، ويأخذ به كيلاً؟ فيه اختلاف ذكرناه في القرض[٧]. ولو كان المثل منقطعاً وقت الأخذ، عدل إلى القيمة، كما في الغصب[٨]. ولو بيع

---

(١) في (ز): (وقيمته).

(٢) قوله: (وفي عوض الكتابة قيمة النجوم) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (وفي عوض المنفعة قيمة المنفعة).

(٤) في (ز): (دم العمد).

(٥) قوله: (قيمة الدم) سقط من (ط العلمية).

(٦) المن: من الموازين، وهو ربع صاع، ويساوي تقريباً (٥ ,٧٧٣) جرام. انظر: «المقادير في الفقه الإسلامي» ص٤٤، ٤٧.

(٧) في كتاب القرض أحال الموضوع إلى السلم. وقال فيه (مختصراً): وفي البيع لو قال: «بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة» فوجهان، والأصح: الصحة. ولو عين في البيع أو السلم مكيالاً معتاداً فهل يفسد العقد؟ فيه وجهان، أحدهما: نعم، لتعرضه للتلف. وأصحهما: لا، ويلغى الشرط كسائر الشروط التي لا غرض فيها. انظر ما سلف (٦/ ٤٤٦، ٤٨٦).

(٨) ولو تراضيا جميعاً بالقيمة ويعدلا عن الثمن، فلهما ذلك. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣١).

بمتقوّم من عبدٍ وثوبٍ ونحوهما، أخذه بقيمة ذلك المتقوّم، والاعتبار بقيمة يوم البيع؛ لأنه يوم إثبات العوض، واستحقاق الشفعة. وقال ابن سريج: تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع الخيار، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»[١]، وجماعة. وعن مالكٍ[٢]: أن الاعتبار بقيمته يوم المحاكمة.

لنا: أن الثمن صار ملكاً للبائع، فلا تعتبر زيادته في حقّ المشتري.

ولو جعل الشقص رأس مال سلم، أخذه الشفيع، بمثل المسلم فيه إن كان مثليّاً، أو بقيمته إن كان متقوّماً. ولو صالح من دين على الشقص، أخذه بمثل ذلك الدين إن كان مثليّاً، وبقيمته إن كان متقوّماً[٣]، ولا فرق بين أن يكون دين إتلاف، أو دين معاملة.

ومنها: الشقص الممهور، يؤخذ بمهر مثل المرأة؛ لأنّ البضع متقوّم، وقيمته مهر المثل، وكذا إذا خالعها على شقص، والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح، ويوم جريان البينونة، هذا هو المشهور[٤].

وفي «التتمّة»: أنّ[٥] بعض الأصحاب، خرج وجهاً[٦]: أنه يأخذه بقيمة الشقص[٧].

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٣٤٢).

(٢) المذهب عند المالكية: أن الثمن إن كان متقوماً، فالاعتبار في قيمته بيوم الصفقه (يوم البيع) لا يوم الأخذ بالشفعة. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٢١٠)، «الكافي» (ابن عبد البر) ص٤٤٢، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣١٦)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٦).

(٣) من قوله: (ولو صالح) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٣)، «التهذيب» (٤/ ٣٤٣)، «حلية العلماء» (٥/ ٢٧٦).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (عن).

(٦) ذكر الماوردي: أن هذا حكاية «عن الشافعي رضي الله عنه في القديم، لأن المهور قد يزاد فيها وينقص، فخالفت البيوع». «الحاوي» (٩/ ٣٣).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بقيمته يوم القبض).

وأصله: أنّ المرأة إذا وجدت في الصداق عيباً، وردّته، ترجع بقيمته، على أحد القولين. وإذا كان المستحق عند الردّ بالعيب بدل المسمَّى، كذلك عند الأخذ بالشفعة، وهذا مذهب مالكٍ[١].

ولو متع المطلقة بشقصٍ، أخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر؛ لأن المتعة هي التي وجبت بالطلاق، والشقص عوض عنها.

ومنها: لو أخذ من المكاتب شقصاً، عوضاً عن النجوم، أخذه الشفيع بمثل النجوم، أو بقيمتها؛ لأن النجوم هي التي قابلته.

ومنها: الشقص الذي جعل أجرة الدار، يؤخذ بقيمة المنفعة، وهي أجرة مثل الدار.

ومنها: إذا صالح عليه عن الدم، أخذه الشفيع بقيمة الدم، وهي الدية، ويعود فيه التخريج، ومذهب مالك[٢].

ومنها: قال في «التتمّة»: إذا[٣] استقرض شقصاً، أخذه الشفيع بقيمته[٤]،

---

(١) قال مالك في النكاح والخلع: «يأخذ الشفيع الشقص بقيمته». «المدونة الكبرى» (٤/ ٢٢٩). وهذا: لأنه لا ثمن معلوم لعوضه. قال ابن الحاجب: قيمة الشقص يوم العقد.
وهذا في غير نكاح المفوضة، إذْ لو دفع لها شقصاً مهراً قبل الدخول فالشفعة فيه بقيمته، فإن كان بعد الدخول فالشفعة فيه بمهر المثل. انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣١٧)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٧٧).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ويقود منه الجريح ويذهب ملكه).
قال في «الروضة»: «ويعود فيه قول ابن سريج والبغوي». (٥/ ٨٧).
ومذهب الإمام مالك ـ كما تقدم ـ: أن الشفيع يأخذ الشقص بقيمته في ما لو كان صلحاً عن دم. انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣١٧)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٧).

(٣) في (ط الفكر): (ومنها: ما لرب التمر لو).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بمثل قيمته).

وإن قلنا: إن المستقرض يردّ المثل؛ لأن القرض مبنيٌّ على الإرفاق، والشفعة ملحقة بالإتلاف.

والمواضع المحتاجة إلى الرقوم من لفظ الكتاب، لا تخفى بعد ما ذكرناه.

قال:

(وإن باعَ بألفٍ إلى سنة؛ فإن شاءَ عجَّلَ في الحالِ الألفَ وأخذ، وإن شاءَ نبَّهَ على الطَّلَبِ (و) وأخَّرَ التَّسليمَ إلى مُضِيِّ السَّنة. وروى حرملةُ قولاً: أنه يأخُذُ (ح) بثمنٍ مُؤَجَّلٍ عليه كما أخذه المشتري. وحكى ابنُ سُرَيْجٍ أنه يأخُذُ بعوضٍ يُساوي ألفاً إلى سنة).

إذا كان الثمن حالّاً، بذله الشفيع في الحال، فأما إذا باع بألف[1] إلى سنةٍ مثلاً، ففيه ثلاثة أقوال[2]:

أصحها ـ وبه قال أبو حنيفة[3] ـ: أن الشفيع بالخيار، بين أن يعجل الألف، ويأخذ الشقص في الحال، وبين أن يصبر إلى أن يحل الأجل، فحينئذ يبذل الألف، ويأخذ الشقص، وليس له أن يأخذ بألفٍ مؤجَّلٍ؛ لأنّ الذمم لا تتماثل، فقد لا يرضى المشتري بذمة الشفيع، وإن رضي البائع بذمة المشتري[4]، ولا يمكن إلزامه الأخذ بألفٍ حالٍّ؛ لما فيه من الإجحاف.

---

(١) قوله: (بألف) سقط من (ي)، (ز).

(٢) انظر: «المهذب» (١٤/ ٣١١).

(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٧)، «الهداية» (٩/ ٣٩٤ – ٣٩٥)، «الحجة» (٣/ ٧٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٤٣)، «المبسوط» (١٤/ ١٠٣).

(٤) قال الماوردي: «ولذلك حل دين الميت، لأن رضا ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمه وارثه». «الحاوي» (٩/ ٣٧).

والثاني: أن له أخذ الشقص بألفٍ مؤجلٍ، كما أخذه المشتري؛ تنزيلاً للشفيع منزلة المشتري،كما ينزل منزلته في قدر الثمن، وسائر صفاته[١].

والثالث: أنه يأخذه بعرض يساوي الألف إلى سنةٍ كي لا يتأخر الأخذ، ولا يتضرّر الشفيع، ولا المشتري.

ولنتكلم في حال هذه الأقوال، وتفريعها: أما حالها: **فالأول**: منصوص عليه في الجديد[٢]. **والثاني**: نسبه الإمام[٣]، وصاحب الكتاب إلى رواية حرملة[٤]، وسكت الأكثرون عن ذلك، ورَوَوْهُ عن القديم[٥]. **وأما الثالث**: فعامة الأصحاب ذكروا أنّ ابن سريجٍ نقله عن الشافعي رضي الله عنه من كتاب الشروط، والمفهوم من إيراده أنه نصّ عليه فيه. وقال الشيخ أبو علي: إن ابن سريج خرَّجَهُ من قول الشافعي في[٦] كتاب الشروط: أنه يجوز بيع الدين، فقال يُقَوَّمُ الثمن[٧] المؤجل بعرضٍ، ويأخذه الشفيع به[٨].

---

(١) واختاره الشيخ أبو حامد. «حلية العلماء» (٥/ ٢٧٩).

(٢) قال البغوي: «وهو قوله الجديد». «التهذيب» (٤/ ٣٥٦).
وفي «الأم» (٤/ ٣): قال الشافعي: «وإن اشترى رجل شقصاً فيه شفعة إلى أجل، فطلب الشفيع شفعته، قيل له: إن شئت فتطوع بتعجيل الثمن وتعجل الشفعة، وإن شئت فدع حتى يحل الأجل ثم خذ بالشفعة».

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٤٥).

(٤) الذي في «الأم»، من رواية الربيع. «الأم» (٤/ ٣).

(٥) ذكر الماوردي أن قوله في القديم هو: «أن للشفيع أن يتعجل أخذها، ويكون الثمن في ذمته إن كان ثقة، وإن كان غير ثقة أقام ضميناً ثقة». «الحاوي» (٩/ ٣٧).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (من).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الدين).

(٨) قوله: (به) سقط من (ي).

وأما[١] التفريع:

فإن قلنا بالجديد، لم يبطل حقه بالتأخير؛ لأنه تأخير بعذر[٢]، ولكن هل يجب[٣] تنبيه المشتري على الطلب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا فائدة فيه.

والثاني: نعم؛ لأنه ميسور، وإن كان الآخذ معسوراً. وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: (إن شاء نبّه على الطلب)، لكن الأول أشبه بكلام الأصحاب.

ولو مات المشتري، وحلَّ عليه الثمن: لم يتعجل الأخذ على الشفيع، بل هو على خيرته، إن شاء أخذ في الحال، وإن شاء صبر إلى مجيء ذلك المحل.

ولو مات الشفيع: فالخيرة التي كانت له، تثبت لورثته[٤].

ولو باع المشتري الشقص في المدة نقداً: فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني وبين أن يفسخه، إما في الحال، وإما عند حلول الأجل، ويأخذه بالثمن الأول، هذا إذا قلنا: إن للشفيع نقض تصرف المشتري، وهو الظاهر، وفيه خلاف سيأتي.

وإن قلنا بالقول الثاني، ففي موضعه وجهان:

أحدهما: أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئاً موثوقاً به، أو إذا أعطى

---

(١) قوله: (وأما) سقط من (ط الفكر).

(٢) وبالتالي يُمكّن المشتري من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة، ما لم يستهلكه. انظر: «الحاوي» (٨/ ٣٨).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يجب عليه).

(٤) وعليهم الصبر إلى حلول الأجل، لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٩).

كفيلاً مليئاً، وإلا لم يأخذ؛ لأنه إضرار بالمشتري[١]، وبهذا قال مالك[٢] وأحمد[٣].

والثاني: أن له الأخذ على الإطلاق، ولا ينظر إلى صفته، ولو أخذه ثم مات حلَّ عليه الأجل.

وإن قلنا بالقول الثالث: فتعين العرض إلى الشفيع، وتعديل القيمة إلى من يعرفها. ذكره الإمام[٤]، وقال[٥]: ولو لم يتفق طلب الشفعة، حتى حلَّ الأجل، وجب ألا يطالب على هذا القول إلا بالسلعة المعدلة؛ لأن الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال البيع[٦]، ألا ترى أنه إذا باع بمتقوّم تعتبر قيمته يوم البيع؟

وعلى القولين الآخرين: لو أخر الشفيع بطل حقّه.

قال:

(ولو اشترى شِقْصاً وسيفاً بألف: أخذَ (م) الشِّقْصَ بما يَخُصُّهُ من الثَّمنِ باعتبارِ قيمةِ يومِ العقد، ثُمَّ لا خِيارَ للمُشتري في ما فرَّقَ عليهِ من الصَّفقة).

إذا اشترى الشقص المشفوع مع عرض، كثوب وسيف، صفقة واحدة، وزع

---

(١) تقدم أن هذا قوله في القديم.

(٢) «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٧)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٨)، «الكافي» (ابن عبد البر) ص ٤٤٣.

(٣) «الكافي» (٢/ ٤٢٥)، «الإنصاف» (٦/ ٣٠١)، «المبدع» (٥/ ٢٢٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٤٨-٣٤٩).

(٥) قوله: (وقال) سقط من (ي).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المبيع).

الثمن عليهما باعتبار قيمتهما[١]، وأخذ الشفيع الشقص بحصَّته من الثمن، وبه قال أبو حنيفة[٢] وأحمد[٣].

وعن مالك[٤]: أنه يأخذهما جميعاً، كما ذكرنا في أول الكتاب. ويروى عنه: أنه إن كان من مصالح الضيعة[٥] وتوابعها، كالثيران وآلات الحرث والعبد العامل في البستان[٦]، أخذه الشفيع مع الشقص، وإن كان غير ذلك لم يأخذه.

ثم النظر في قيمتهما إلى يوم البيع؛ فإنه وقت المقابلة.

قال الإمام[٧]: وإذا قلنا: إن الملك ينتقل بانقطاع الخيار، فيجوز أن يعتبر وقت[٨]

---

(١) باعتبار قيمتهما: أي ومن ثَم يجب استخراج نسبة كل من الشقص والعرض في الثمن الذي دفعه المشتري. فلو كانت قيمة الشقص يوم العقد ألفاً والعبد خمسمئة، فنسبة الشقص الثلثان من الثمن، وهكذا. انظر: «الحاوي» (٩/ ٧٢).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٤٣).

(٣) وهذا لأن المشتري أخر بنفسه حيث جمع في العقد في ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٢٤)، «الإنصاف» (٦/ ٢٨٢).

(٤) ما روي عن مالك أن الشفيع يأخذهما جميعاً، هذا ليس على وجه الإلزام، وإنما لو اتفقا على ذلك جاز وكان بيعاً مستأنفاً.
وما روي من أن العروض لو كانت من آلة البستان دخلت تبعاً، هو على ما روي عن سحنون.
والمذهب عندهم: أنه يأخذ الشقص بحصته من الثمن، فيُقوم الشقص منفرداً، ويقوم على أنه مبيع مع تلك العروض ويسقط الفرق. انظر: «المنتقى» (٦/ ٢١٤ - ٢١٥)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٧).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الصفقة).
والضيعة: الأرض المغِلَّة. «القاموس المحيط» باب العين، فصل الضاد ص٧٤٣ (ضاع).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (والبستان).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٨٩).

(٨) قوله: (وقت) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

انقطاع الخيار؛ لأن انتقال الملك الذي هو سبب الشفعة حينئذ يحصل، وإذا أخذ الشفيع الشقص لم يثبت للمشتري الخيار، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لدخوله فيها عالماً بالحال.

قال:

(ولو تَعيَّـبَتِ الدارُ باضطرابِ سقفها أخذَ المعيبَ بكُلِّ الثَّمن؛ كما يأخُذُ الـمُشتري من البائع إذا تَعيَّبَ[١] المبيعُ وقَبْلَ[٢] القبض. وإن تلِفَ الجدارُ مع بعض العَرْصةِ بأن تغشّاهُ السَّيل، أخذ الباقي بحصّته. وإن بقيَ تمامُ العَرْصةِ واحترقَتِ السُّقوف؛ فإن قلنا: إنها كأطرافِ العبدِ أُخِذَ (م) بالكُلِّ[٣]، وإن قلنا: كأحدِ العبدينِ أُخذَ بحصّتِه.

وإن كانَ النَّقضُ باقياً فهو منقول، وفي بَقاءِ الشُّفعَةِ فيه قولان (و)؛ لأنه لو قارنَ الابتداءَ لم يتعَلَّقْ به الشُّفْعة. وإن قلنا: يبقى حقُّ الشَّفيعِ فيه؛ أخذَ الـمـنهَدِمَ مع النَّـقضِ بكلِّ الثَّمن، وإن قلنا: لا يبقى الحقُّ فيه؛ فإن قلـنا: الـجدَارُ كـأحَدِ العبدَين؛ أخَذَ الباقي بحصّتهِ مِن الثَّمن[٤]، وإن قلنا: كَأطرافِ العبدِ، فقولان؛ إذ يبعُدُ أن يفوزَ المشتري بشيْءٍ مجّاناً).

الفصل يتعلق بأصلين:

أحدهما: أن المنقول لا شفعة فيه، وإذا ضم إلى شقص، وبيعا صفقة واحدة: أخذ الشقص بالحصة، والعهد قريب بهذا الأصل.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (عاب).

(٢) في المطبوع من كتاب «العزيز» (٥/ ٥١٠): (المبيع قبل).(م ع).

(٣) في (ز): (أخذ الكل).

(٤) قوله: (من الثمن) زيادة في (ز).

والثاني: أن الخلاف في أن السقف والجدران من الدار المبيعة، كأحد العبدين المبيعين، أو كطرفٍ من أطراف العبد المبيع، أو صفةٍ من صفاته، وهذا قد ذكرناه في النظر الثالث من كتاب البيع[١].

إذا عرفت ذلك: فإذا اشترى شقصاً من دار، ثم نقضت الدار، فلها أحوال:

أحدها: إن تعيّبت[٢] من غير تلف شيءٍ منها ولا انفصال بعضها من بعض: بأن انشق جدار، أو مالت اسطوانة، أو انكسر جذع، أو اضطرب سقف، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن، وبين الترك، ويكون تعيبه في يد المشتري، كتعيُّب المبيع في يد البائع، فإنه يخير المشتري بين الأخذ بجميع الثمن، وبين الفسخ[٣].

والثانية: أن يتلف بعضها، فينظر: إن تلف شيء من العرصة، بأن غشيها السيل فغرقها، أخذ الباقي بحصته من الثمن.

وإن بقيت العرصة بتمامها، وتلفت السقوف والجدران باحتراقٍ، وغيره[٤]: فإن قلنا: إن الأبنية كأحد العبدين المبيعين، أخذ العرصة بحصتها من الثمن، وهو الأصح، وبه قال أحمد[٥] ومالك[٦]. وإن قلنا: إنها كأطراف العبد وصفاته، أخذها بكلّ الثمن.

---

(١) انظر ما سلف (٦/ ٢٤٥)، «الحاوي» (٩/ ٥٢).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بيعت).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٤٥).

(٤) قال البغوي: «فالشفيع بالخيار، إن شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك». «المرجع السابق» (٤/ ٣٤٦).

(٥) «الكافي» (٢/ ٤٣١)، «الإنصاف» (٦/ ٢٨٢).

(٦) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٩٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٣١).

وعند المالكية: أن العيب لو كان بغير فعله أي بسماوي، لم يضمن المشتري النقص.

وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بآفة سماوية، فيأخذها بجميع الثمن، أو بإتلاف متلفٍ، فيأخذها بالحصة؛ لأن المشتري يحصل له بدل التالف، فلا يتضرر[١]، وبهذا قال أبو حنيفة[٢].

والثالثة: ألا يتلف شيء منها، ولكن ينفصل بعضها عن[٣] بعض، بالانهدام أو سقوط الجدران، فهل يأخذ الشفيع النقض؟ فيه قولان[٤]، ويقال وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه منقول، كما لو كان في الابتداء كذلك، وأدخل النقض في البيع لا يؤخذ بالشفعة.

والثاني: نعم؛ قال في «الشامل»: وهو اختيار أبي إسحاق وشيوخنا المتأخرين؛ لأن منقوليته بالشفعة[٥] عرضت بعد البيع، وتعلق حقّ الشفيع به، والاعتبار بحال جريان العقد.

ولهذا لو اشترى داراً، فانهدمت، يكون النقض والعرصة للمشتري، وإن كان النقض لا يدخل في البيع، لو جرى وهي منهدمة. فإن قلنا: إنه يأخذ النقض، أخذه مع العرصة بجميع الثمن، وإلا أعرض عن الكل. وإن قلنا[٦]: إنه لا يأخذه، فيبنى على أن السقوف والجدران، كأحد العبدين المبيعين[٧]، أو كطرف العبد؟

---

(١) وهو قول ابن حامد من الحنابلة. «الكافي» (٤/ ٤٣١). وسيأتي أنه قول الشافعي في القديم.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ٢٥١)، «المبسوط» (١٤/ ١١١ - ١١٢).

وهذا عند الحنفية: لأن الثمن بمقابلة الأصل دون الأوصاف، حتى أن فوات الوصف في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئاً من الثمن.

(٣) في (ي): (من).

(٤) نقل أحدهما الـمُـزَنيّ، والثاني الربيع. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٤٦).

(٥) قوله: (بالشفعة) زيادة في (ز).

(٦) من قوله: (إنه يأخذ) إلى هنا سقط من (ز).

(٧) قوله: (المبيعين) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

إن قلنا بالأول، أخذ العرصة، وما بقي من البناء بحصتهما من الثمن.

وإن قلنا بالثاني، فوجهان:

أحدهما: أنه يأخذ بالحصة؛ لأن النقض كان من الدار المشتراة، فيبعد أن يبقى للمشتري مجاناً، أو يأخذ الشفيع ما سواه بتمام الثمن.

والثاني - وهو قياس الأصل المبني عليه[(١)] -: أنه يأخذ الكلّ بتمام الثمن[(٢)]، كما في الحالة الأولى. وعلى هذا يشبه النقض بالثمار والزوائد، التي يفوز بها المشتري قبل قبض الشفيع.

ومنهم من يطلق قولين[(٣)]، تفريعاً على أن النقض غير مأخوذ من غير البناء، على أن النقض كأحد العبدين، أو كأطراف العبد. ويوجه الأخذ بالكل: بأنه نقص حصل عند المشتري، فأشبه تشقق الحائط. والأخذ بالحصة: بأن ما لا يؤخذ من المبيع بالشفعة، تسقط حصته من الثمن، كما إذا اشترى شقصاً وسيفاً.

واعلم أن منقول الـمُـزَنيّ في «المختصر»[(٤)]: أن الدار إذا أصابها هدم، يأخذ الشفيع الشقص بجميع الثمن، أو يترك. وعن القديم، ومواضع من الجديد[(٥)]: أنه يأخذ بالحصة. واختلف الأصحاب في النصين، بحسب ما حكينا عنهم من فقه الفصل:

فالفارقون في الحالة الثانية بين أن يتلف بعض العرصة حيث يأخذ الباقي

---

(١) قوله: (وهو قياس الأصل المبني عليه) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالثمن).

(٣) هذا قول أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٢).

(٤) قال الشافعي: «وكذلك لو أصابها هدم من السماء، إما أخذ الكل بالثمن، وإما ترك». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٩).

(٥) ذكر الماوردي: أنه منقول الـمُـزَنيّ، وهو قوله في القديم، وفي كتاب «التفليس» من كتبه الجديدة: أن الشفيع مخيّر بين أخذ الباقي بجميع الثمن أو الترك. «الحاوي» (٩/ ٥٢).

بالحصة، وبين أن يتلف بعض النقض أو كله وتبقى العرصة كلها حيث يأخذ الباقي بالكل، جواباً على إلحاقه بأطراف العبد، حملوا النص الثاني على ما إذا تلف بعض العرصة، والأول على ما إذا بقي كل العرصة، وتلفت الأبنية[١].

والفارقون بين أن يكون التلف بآفة سماوية، أو بإتلاف متلف، حملوا الأول على ما إذا كان التلف بآفة سماوية، والثاني على ما إذا كان بإتلاف متلف[٢].

والفريقان متفقان على فرض النصين في الحالة الثانية.

والذين قالوا في الحالة الثالثة: لا يأخذ الشفيع النقض، منهم من أثبت النصين قولين[٣]، ومنهم من[٤] قطع بالأخذ بالحصة، وحمل منقول الـمُـزَنيّ على الحالة الأولى، هو مجرد التعيب.

والذين قالوا: يأخذ النقض بالشفعة، حملوا النص الثاني على ما إذا تلف كل النقض، أو بعضه، ونزلوا الأول على مذهبهم، فحصل[٥] من هذه التصرفات خمسة طرق في النصين.

وقوله في الكتاب[٦]: (وفي بقاء الشفعة قولان)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن عن ابن سريج طريقة جازمة ببقاء الشفعة فيه، ذكرها في «التتمّة».

---

(١) هذا قول ابن أبي هريرة، حيث حمل النصين على حالتين: الحالة الأولى: إن كانت الدار باقية وتلفت الآثار فقط، فيأخذ الشفيع الكل بكل الثمن. الحالة الثانية: إن تلف بعض الدار، فيأخذ الشفيع بالحصة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٣).

(٢) قال الماوردي: «وهذا المذهب ضد ما عليه أهل العراق». «الحاوي» (٩/ ٥٣).

(٣) في (ط الفكر): (النصين المذكورين).

(٤) قوله: (ومنهم من سقط) من (ط الفكر).

(٥) في (ي): (فجعلت)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (فخلصت).

(٦) قوله: (في الكتاب) سقط من (ز).

قال:

(ولو اشترى الشِّقْصَ بألفٍ ثُمَّ حُطَّ بالإبراء، فإن كانَ بعدَ اللُّزوم فلا يلحَقُ الشَّفيع، وإن كانَ في مُدّةِ الخِيارِ لَـحِقَه على الأصحّ (و).

وإن وجدَ البائعُ بِالعبدِ الذي هو عِوَضُ الشِّقْصِ عيباً، وأرادَ استردادَ الشِّقْص قبلَ أخذِ الشَّفيع: فهو أولى به[1] في أقيَسِ القولين. وإن كان بعدَ أخذه لم يُنقَضْ (و) مِلْكُ الشَّفيع، ولكنْ يُرجَعُ إلى قيمةِ الشِّقْص؛ فإن زادَ على ما بذلَه الشَّفيعُ أو نقصَ، ففي التَّراجُعِ بينَ المشتري والشَّفيع خلاف؛ إذ صارتِ القيمةُ مَا قامَ الشِّقْصُ بها على المشتري آخِراً. وكذا لو رضي البائعُ بالعيب؛ ففي استردادِ الشَّفيع به[2] قيمةَ السَّلامةِ من المشتَرِي خلاف.

وإن وجدَ المشتَري بالشِّقْصِ عيباً بعدَ أخذِ الشَّفيع لم يكنْ (و) له طلبُ أرش، فإن ردَّ الشَّفيعُ عليه ردَّ هو على البائِع. فإن وجدَ قبْلَ أخذِ الشَّفيعِ ومنَعَه عيبٌ حادثٌ من الرَّدّ، فاسْتَرَدَّ أرْشاً؛ فهو محطوطٌ عن الشَّفيعِ قولاً واحداً).

الفصل ينظم مسائل:

إحداها: إذا اشترى الشقص بألف درهم[3]، ثم اتفق المتبايعان على حطِّ

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أولى به من الشفيع)، وفيه تكرار لكلمة الشفيع من غير حاجة.

(٢) قوله: (به) سقط من (ز).

(٣) قوله: (درهم) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

شيء[1] من الثمن، أو زيادةٍ فيه[2]، فذلك إما أن يكون بعد لزوم العقد، أو قبله، إما في زمن الخيار، أو مكانه.

وحكم القسمين ما ذكرناه في البيع بالشرح[3]، وحاصله: أنه لا تلتحق الزيادة، ولا الحطُّ بالعقد بعد لزومه، ولا حطّ البعض، ولا حطّ الكلّ.

وذهب أبو حنيفة[4] إلى التحاق حطّ البعض به؛ حتى يأخذ الشفيع بالباقي.

وفي ما قبل اللزوم وجهان، أصحهما: الالتحاق[5]، كما ذكره صاحب الكتاب هاهنا، وإن أشار في البيع إلى ترجيح المنع.

وإذا قلنا بالالتحاق وحطّ كلّ الثمن، فهو كما لو باع بلا ثمن، وحينئذٍ فلا شفعة للشريك؛ لأنه يصير هبة على رأي، ويبطل على رأي[6].

وكنَّا قد ذكرنا في البيع، التفات الخلاف في الالتحاق إلى الخلاف في الملك في زمن الخيار، وعلى ذلك جرى الإمام وآخرون هاهنا، فقالوا: إن قلنا: إن الخيار

---

(١) قوله: (شيء) زيادة في (ز).

(٢) قوله: (فيه) زيادة في (ي)، (ز).

(٣) انظر ما سلف (٦/ ٢٨٢-٢٨٣،٢٩٠).

(٤) وعند الحنفية: سواء كان الحط من الثمن قبل أخذ الشفيع أم بعده. انظر: «الهداية» (٩/ ٣٩٣ - ٣٩٤)، «المبسوط» (١٤/ ١٠٧).

(٥) المذهب: الالتحاق قبل لزوم العقد. وأما بعده فيختص الحط بالمشتري ويأخذ الشفيع بكل الثمن. انظر: «الحاوي» (٩/ ٧٨).
قال المُـزَنيّ: «ولو حط البائع للمشتري بعد التفرق، فهي هبة له، وليس للشفيع أن يحط». «المختصر» (٨/ ٢٢٠).

(٦) قوله: (ويبطل على رأي) سقط من (ز).
قال البغوي: «وعلى الوجهين لا شفعة للشفيع». «التهذيب» (٤/ ٣٤٣).

لا يمنع ثبوت الملك للمشتري، فكما يملك المشتري المبيع يملك البائع الثمن، فينفذ تصرفه بالإبراء؛ لمصادفته ملكه.

فقال الإمام[١]: وفيه احتمال؛ لأن الأصحاب ترددوا في أن إعتاق المشتري في زمن الخيار، هل ينفذ مع الحكم بثبوت الملك له؛ لتعلق خيار البائع بالمبيع؟[٢] فإذا ترددنا في الإعتاق مع قوته لهذا المعنى، جاز أن يترددوا في الإبراء؛ لأن الثمن متعلق خيار المشتري.

وإذا قلنا: إن الملك للبائع، أو موقوف، ففي صحة الحطّ وجهان عن القاضي الحسين:

أحدهما: الصحة؛ لجريان الناس عليه في الأعصار الخالية.

والثاني: المنع؛ لأنه تصرف في ما ليس مملوكا، فحيث قلنا بصحة الحط، ففي التحاقه بالعقد الخلاف.

الثانية: إذا اشترى الشقص بعبد مثلاً، وتقابضا، ثم وجد البائع بالعبد عيباً، وأراد رده بالعيب، واسترداد الشقص، وجاء الشفيع يريد أخذ الشقص، ففي الأولى منهما خلافٌ مرَّ.

وحكى الإمام[٣] طريقةً أخرى قاطعة بتقديم البائع[٤]، وفرّق بينه وبين ما إذا

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٠٦).

(٢) أصح الوجهين: أن إعتاق المشتري في زمن الخيار المشروط للبائع، لا ينفذ، صيانة لحق البائع عن الإبطال. انظر ما سلف (٦/ ١٣٩).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٨٦).

(٤) ذكر البغوي والماوردي والشيرازي في المسألة وجهين دونما ترجيح.

وبنى الماوردي المسألة على الوجهين في ما إذا كان «الشقص صداقاً وتنازعه الشفيع والزوج المطلّق قبل الدخول». =

أراد المشتري ردّ الشقص بالعيب، وزاحمه الشفيع؛ حيث ذكرنا فيه قولين، بأن البائع ينشئ الردّ في[1] غير محلّ الشفعة، والمشتري ينشئه في عين[2] محلّ الشفعة.

ولو عرف عيب العبد بعد أخذ الشفيع[3] الشقص، لم ينقض ملك الشفيع، ولم يرد شفعته، كما لو باع، ثم اطلع على العيب.

وعن صاحب «التقريب» قول: أنه يستردّ المشتري الشقص من الشفيع، ويردّ عليه ما أخذه، ويسلم الشقص إلى البائع؛ لأن الشفيع نازل منزلة المشتري، فردّ البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن[4] نقص ملك المشتري لو كان في ملكه، والمذهب الأول.

وإذا قلنا به أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري[5]، فإن كانت مثل قيمة العبد فذاك، وإن زادت قيمة الشقص على قيمة العبد، أو نقصت عنها، ففي رجوع من بذل الزيادة من المشتري أو الشفيع على صاحبه وجهان[6]:

= وعلل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي الوجه بتقديم الشفيع: «لأن حقه سابق، لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد. والوجه الثاني بتقديم البائع: «لأن في تقديم الشفيع إضراراً بالبائع في إسقاط حقه من الرد، والضرر لا يزال بالضرر». «التهذيب» (٤/ ٣٥٥)، «الحاوي» (٩/ ٨٥)، «المهذب» (١٤/ ٣٣٥).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (على).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (غير).

(٣) قوله: (الشفيع) سقط من (ط الفكر).

(٤) قوله: (نقض ملكه كما يتضمن) سقط من (ط العلمية)، وفي (ط الفكر): (ولا يتضمن).

(٥) ذكر البغوي بأن البائع يأخذ قيمة الشقص من المشتري، سواء كان أقل من قيمة العبد الذي هو ثمن، أم أكثر، واقتصر عليه. «التهذيب» (٤/ ٣٥٤ - ٣٥٥).

(٦) ذكرهما الماوردي، ولم يرجح أحدهما. «الحاوي» (٩/ ٣٥٥)، وكذا في «المهذب» (١٤/ ٣١٨).

أظهرهما: أنه لا تراجع بينهما؛ لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبذول، فلا يتغير حكمه بعد ذلك، كما إذا باعه، ثم رد البائع العبد بالعيب.

والثاني ـ ويُحكى عن ابن سريج ـ: أنه يثبت التراجع بينهما[١]؛ لأن قيمة الشقص هي التي قام بها الشقص على المشتري آخراً، والشفيع ينبغي أن يأخذ[٢] بما قام على المشتري.

ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياع أو غيره، لم يتمكن البائع من إجباره على ردِّ الشقص، ولا المشتري من إجباره على القبول، وردّ القيمة، بخلاف ما إذا غرم العبد المغصوب لإباقه فرجع؛ لأن ملك المغصوب منه لم يزل، وملك المشتري قد زال، وبَعُد الردّ على القيمة.

وحكى صاحب «التتمّة» في المسألة وجهين، بناء على الوجهين، في ما لو خرج المبيع عن ملك المشتري وعاد، ثم اطلع البائع على عيبٍ بالثمن المعين، فردّ، هل يستردّ المبيع؟

ولو وجد البائع العيب بالعبد، وقد حدث عنده عيب، فأخذ الأرش لامتناع الردّ، نظر: إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليماً، فلا رجوع عليه[٣].

وإن أخذه بقيمته معيباً، ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع، لكن الأصح هاهنا الرجوع، ومال ابن الصباغ إلى القطع به[٤]؛ لأن

(١) قوله: (بينهما) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) من قوله: (هي التي) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، وفيها عبارة فيها خلل بدلًا منها.

(٣) «لأن الأرش دخل في القيمة». «المهذب» (١٤/ ٣١٨).

(٤) كذا اقتصر عليه البغوي، حيث قال: «يحط ذلك الأرش عن الشفيع، حتى لو كان المشتري أخذ منه قيمة عبد صحيح، رجع عليه بالنقصان». وأطلق في «المهذب» الوجهين. «التهذيب» (٤/ ٣٥٥)، «المهذب» (١٤/ ٣١٨).

(تنبيه: في هذه المسألة أثبت المحقق لكتاب «التهذيب» كلمة المشتري بدلاً من البائع الذي أشار =

الشقص استقرّ عليه بالعبد[١]، والأرش ووجوب الأرش من مقتضى العقد؛ لاقتضائه سلامة العوض، ولهذا إذا أخذه الشفيع بقيمته سليماً، لم يرجع على المشتري بشيءٍ.

ولو رضي البائع، ولم يردّه، فما الذي يجب على الشفيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن عليه قيمة العبد سليماً، ورضا البائع؛ مسامحة منه مع المشتري.

والثاني: أن تلزمه قيمته معيباً، حتى لو بذل قيمة السليم استردّ قيمة السلامة من المشتري؛ لأن الذي يلزم الشفيع قيمة المجعول ثمناً بصفاته.

وضعّف الإمام[٢] الوجه الأول، وغلّط من قال به، لكنه هو الذي أورده في «التهذيب»[٣].

الثالثة: للمشتري ردّ الشقص بالعيب على البائع، وللشفيع ردّه على المشتري بالعيوب السابقة على البيع، وكذا بالعيوب السابقة على[٤] الأخذ.

ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع، فلا ردّ في الحال، وليس له الأرش أيضاً، وكذا أطلقه في الكتاب، وهو الصحيح، ويجيء فيه الخلاف الذي ذكرناه في ما إذا باعه، أو زال الملك بجهةٍ أخرى.

= إليه في الحاشية، والعكس هو الصحيح).

(١) في (ي)، (ز): (العقد).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٠٠).

(٣) قال البغوي: «إن رضي به، يجب على الشفيع قيمة عبد صحيح للمشتري». «التهذيب» (٤/ ٣٥٤).

(٤) قوله: (البيع، وكذا بالعيوب السابقة على) سقط من (ي).

فلو ردّ عليه الشفيع بالعيب، ردّه حينئذ على البائع[1]. ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أن يأخذه الشفيع، ومنعه عيب حادث من الردّ، فاستردّ أرش العيب القديم، حطّ ذلك عن الشفيع؛ لأنه بدل صفة السلامة التي استحقها الشفيع كما استحقها المشتري على البائع. وإن قدر على الردّ، لكنهما توافقا على الرجوع إلى الأرش، ففي صحة هذه[2] المصالحة وجهان مذكوران في موضعهما، إن صححناها، ففي حطه عن الشفيع وجهان:

أحدهما: لا يحط؛ لأنه ينزع من البائع.

وأصحهما: الحطّ؛ لتقرّر الثمن على الباقي.

وقوله في الكتاب: (فهو أولى به[3] في أقيس القولين)، يمكن أن يعلم بالواو؛ للطريقة القاطعة بتقديم البائع. وقوله: (لم ينقض ملك الشفيع)، معلمٌ[4] به. وكذا قوله: (لم يكن له طلب أرش).

وقوله: (فهو محطوط عن الشفيع قولاً واحداً)، كأن الإشارة به إلى أنّ[5] هذه الصورة تفارق ما إذا رجعا إلى الأرش[6]، مع إمكان الردّ، فهي مختلف فيها.

---

(١) ويسترد الشفيع منه الثمن، لأنه يملك عليه، والمشتري إن شاء رده على البائع. «التهذيب» (٤/ ٣٥٥).

(٢) قوله: (هذه) زيادة في (ي)، (ز).

(٣) قوله: (به) سقط من (ز).

(٤) قوله: (معلمٌ) سقط من (ز).

(٥) قوله: (أن) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (رجع المشتري بالأرش).

قال:

(ولو اشترى بكَفٍّ من الدَّراهم لا يَعرِفُ وزنَه وحلفَ على أنه لا[١] يَعرِفُ وزنَه[٢]، فلا شُفْعة (و)؛ إذ الأخذ بالمجهولِ غيرُ ممكن).

إذا اشترى بكف من الدراهم لا يعرف وزنها[٣]، أو بصبرة[٤] من الحنطة لا يعرف كيلها، فيوزن وتكال؛ ليأخذ الشفيع بذلك القدر. فإن كان ذلك غائباً، فتبرع البائع بإحضاره، أو أخبر عنه، واعتمد قوله فذاك، وإلا فليس للشفيع أن يكلفه الإحضار ولا[٥] الإخبار عنه[٦]. وإن هلك الثمن، أو تعذّر الوقوف عليه، تعذّر أخذه بالشّفعة.

فإن أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره، نظر: إن عين قدراً، وقال: «اشتريتَه بكذا»، وقال المشتري: «إنه لم يكن معلوم القدر»: فعن ابن سريج: أنه لا يقنع منه[٧] بذلك[٨]، ولا يحلف على نفي العلم، كما لو ادّعى ألفاً على إنسان، فقال في الجواب: لست أدري كم لك[٩] عليَّ؟ فعلى هذا، لو أصرّ على قوله الأول، جعل ناكلاً، وردّت اليمين على الشّفيع.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم).

(٢) قوله: (وزنه) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وزنه).

(٤) الصبرة: ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن. «القاموس المحيط» باب الراء، فصل الصاد ص٤٢٢ (صبر).

(٥) في (ي)، (ز): (أو).

(٦) والتأخير حتى يحصل العلم، لا يبطل حق الشفيع في الشفعة. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٤٢).

(٧) قوله: (منه) سقط من (ط الفكر).

(٨) أي لا يكتفى بادعاء جهله الثمن لإبطال الشفعة، بل عليه اليمين على نفي العلم. وعند ابن سريج ـ كما سيأتي ـ: يحلف الشفيع دون المشتري، ويُحكم له بالشفعة. انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٣١٩).

(٩) قوله: (لك) سقط من (ي).

والمحكي عن النصّ[١] ومعظم الأصحاب: أنه يقنع منه بذلك[٢]، ويحلف عليه؛ لأنه محتمل، ويخالف ما إذا ادّعى عليه ألفاً، فإن المدّعى هاهنا هو الشقص[٣]، لا الثمن المجهول، وبتقدير صدق المشتري: ليس له الأخذ بالشفعة، فكان ذلك إنكاراً لولاية الأخذ.

وعلى هذا الخلاف، لو قال: «نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به»: فعلى رأيٍ: يجعل قوله: «نسيت» كالنكول[٤]، وتردّ اليمين على الشّفيع، قال[٥] القاضي الروياني: وبه قال ابن سريج وابن أبي هريرة والماوردي[٦] والقفال، وهو الاختيار.

وإن لم يعيّن قدراً، ولكن ادّعى على المشتري «أنه يعلمه»، وطالبه بالبيان، ففيه وجهان:

أصحهما ـ عند صاحب «التهذيب» ـ: أنه لا تُسمع دعواه حتى يعيّن قدراً، فيحلف المشتري حينئذٍ أنه لا يعرف.

والثاني: أنها تسمع، ويحلف المشتري على ما يقوله، فإن نكل، حلف الشفيع على علم المشتري، وحبس المشتري حتى يبين قدره.

---

(١) قال الشافعي: «فإن اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٩).

(٢) أي لا ترد اليمين على الشفيع، وهذا قول أبو حامد المروزي والإسفراييني. وعندهما: تبطل الشفعة بيمين المشتري، لأن الثمن موقوف على عاقده، وقد جهل الثمن لنسيانه، فبطلت الشفعة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٩ - ٣٠). وذكر الشاشي أنه المذهب. «حلية العلماء» (٥/ ٣١٩)، انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٤٧ - ٣٤٨).

(٣) المدعى هاهنا هو: الثمن الذي اشترى به المشتري الشقص.

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (نكولًا).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (قاله).

(٦) «الحاوي» (٩/ ٣٠).

ويُحكى عن ابن سريج وغيره تفريعاً على الأول: أن طريق الشفيع أن يعين قدراً، فإن ساعده المشتري فذاك، وإلا حلّفه على نفيه.

فإن نكل استدلّ الشفيع بنكوله، وحلف على ما عيّنه اتفاقاً. وإن حلف المشتري، زاد وادعى ثانياً، وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري، فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف، وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين، ألا ترى أن له أن يحلف على خطّ أبيه إذا سكنت نفسه إليه.

وقوله في الكتاب: (وحلف أنه لا يعرف)، غير محتاج إليه في التصوير، فإنه لو اقتصر على أن يقول: «ولو اشترى بكفٍّ من الدراهم لا يعرف وزنه، فلا شفعة، كان صحيحاً»، وإنما يحتاج إلى الحلف إذا فرض نزاع.

ثم الحلف على نفي العلم إنما يكون إذا سمع منه نفي العلم في جواب دعوى الشفيع، وفيه ما سبق من الخلاف.

قال:

(ولو خرجَ ثمنُ المبيع مستَحَقّاً وهو معيَّنٌ تعيَّنَ بطلانُ (ح) البيعِ والشُّفعة. وإن خرجَ ثمنُ الشَّفيع مُسْتَحَقّاً لزمَه الإبدال، ولم يبْطلْ مِلْكُه ولا شفعتُه في أظهر الوجهين. وكذا إذا خرجَ زُيوفاً[١]).

إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع، فإما أن يظهر في ثمن البيع، أو في ثمن الشفيع:

---

(١) الزيوف: يقال: زافت الدراهم زيوفاً، أي صارت مردودة، لغشٍّ فيها. أو: هي الدراهم الرديئة، يقال: درهم زيف وزائف. وقال بعضهم: الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت، وقدرها مثل سِنج الميزان. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب الفاء (٦/ ١٣٣) (زاف)، «المصباح المنير» (١/ ٢٦١) (زافت).

فإن ظهر في ثمن البيع، نظر: إن كان معيناً بان بطلان المبيع، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة، وعلى الشفيع رد الشقص، إن كان قد أخذه[١].

وعند أبي حنيفة[٢] لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقداً، بناءً على أن النقود لا تتعين بالتعيين.

وإن خرج بعضه مستحقّاً، بطل البيع في ذلك القدر، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة، فإن فرقناها، واختار المشتري الإجازة، فللشفيع الأخذ، وإن اختار الفسخ، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة ففيه الخلاف المذكور في ما إذا أصدقها شقصاً، ثم طلقها قبل الدخول.

وإن كان الثمن في الذمة[٣]، ثم خرج المدفوع مستحقّاً، فعليه الإبدال، والبيع والشفعة بحالهما، وللبائع استرداد الشقص؛ ليحبسه إلى أن يقبض[٤] الثمن.

فأما إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع: فإن كان جاهلاً، لم يبطل حقه، وعليه الإبدال. ثم حكى الإمام[٥] وجهين في أنَّا نتبين بأنه: لم[٦] يملك بأداء المستحَق، ويفتقر الآن إلى تملك جديد. أو نقول: إنه ملكه، والثمن دين عليه. وإن كان عالماً، فوجهان:

---

(١) لأن ملكه كان «عن المشتري، فإذا بطل ملك المشتري بطل ملك الشفيع». «الحاوي» (٩/ ٧٧).

(٢) قال السرخسي: «الأصل المعروف أن النقود لا تتعين في العقود والفسوخ».

وعند الحنفية: لو اشترى الدار بعبد ثم استحق العبد، بطلت الشفعة، لبطلان البيع من الأصل بالاستحقاق. «المبسوط» (٣/ ٢٧)، (١٤/ ١٢٨ - ١٢٩).

(٣) في (ط الفكر): (الذمة، أي ونقده المشتري)، وكذا في (ط العلمية) عدا كلمة (ونقده) بدلًا عنها (ونقضه).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يقضي).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣١٤-٣١٥).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بم).

أحدهما: أن شفعته تبطل؛ لأنه أخذ بما لا يجوز الأخذ به، فكأنه ترك الشفعة مع القدرة عليها.

والثاني: لا تبطل؛ لأنه لم يقصر في الطلب والأخذ، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه[١].

والأول: هو المذكور في «التهذيب»[٢]. والثاني: ظاهر كلام الـمُـزَنيّ[٣]، واختاره كثير من الأصحاب، ومنهم صاحب الكتاب[٤].

وهل من فرق بين أن يكون ثمن الشفيع معيناً بأن يقول: «تملكت الشقص بهذه الدنانير»، أو غير معين بأن يقول: «تملكته بعشرة»؟ منهم من قال: لا، وقال الشيخ أبو حامد وآخرون: نعم، وموضع الوجهين: ما إذا كان معيناً[٥].

وخروج الدنانير نحاساً، كخروجها مستحقة[٦].

ولو خرج ثمن المبيع رديئاً، فللبائع الخيار بين أن يرضى به، وبين أن يستبدل، فإن رضي به، لم يلزم المشتري الرِّضا بمثله، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد، ذكره في «التهذيب»[٧].

---

(١) وعلى هذا: هو على شفعته إن أتى ببدلها، فإن أعسر بالبدل بطلت شفعته، وهذا قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة، في ما لو عين الثمن. انظر: «الحاوي» (٩/ ٧٨).

(٢) «وشفعته باطلة أيضاً، لأجل التأخير». «التهذيب» (٤/ ٣٥٤).

(٣) قال الـمُـزَنيّ: «ولو استحق الدنانير الثانية، كان على الشفيع بدلها». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ٨٩).

(٥) والذي حكاه الشيخ أبو حامد من الوجهين بطلان الشفعة، لأن النقود تتعين في الشفعة، لأنها ملحقة بعقد البيع لاستحقاق الثمن فيها، فتبطل بغيرها. انظر: «الحاوي» (٩/ ٧٨).

(٦) ذكر ذلك البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٥٤).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٣٥٤)، وقال: «ليس للشفيع أن يأخذ بثمن رديء، بل عليه الجيد، لأن العقد انعقد عليه، وإن بخس البائع حقه».

ولو خرج ثمن الشفيع رديئاً، لم تبطل شفعته، عالماً كان أو جاهلاً؛ لأن أداءه صحيح، بدليل ما إذا رضي به المشتري.

وفيه وجه: أن خروجه معيباً، كخروجه مستحقّاً.

وقوله في الكتاب: (ولم يبطل ملكه، ولا شفعته في أظهر الوجهين)، أطلق الكلام في المسألة إطلاقاً، ولم يفرق بين أن يكون عالماً أو جاهلاً؛ لاختياره الوجه الذاهب إلى أن حقّه لا يبطل وإن كان عالماً.

والوجه الذي يقابله على هذا الإيراد[1]: أنه إن كان عالماً بطل، وإن كان جاهلاً فلا يبطل، لا البطلان مطلقاً، فإنه لا قائل به.

والخلاف في أن ملكه هل يبطل؟ هما[2] الوجهان اللذان نسبناهما إلى حكاية الإمام في حالة الجهل، ويطردان في حالة العلم إذا قلنا: إن حقه لا يبطل. لكنه حكم بأن الأظهر أن ملكه لا يبطل، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور، لا سيَّما في حالة العلم؟

وقوله: (وكذا إذا خرج زيوفاً)، إن كان المراد منه النحاس المحض، فهو صحيح.

وإن أراد الرديء من ذلك الجنس، فالتسوية بينه وبين ما إذا خرج مستحقّاً خلاف ظاهر المذهب، وقد أجاب في «الوسيط»[3]: بأن خروج الثمن زيوفاً، لا

---

(١) في (ط الفكر): (لا يراد)، وفي (ط العلمية): (لا يرد).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يبطلهما)، وفي (ز): (هل يبطل؟ هو).

(٣) قال في «الوسيط» (٤/ ٨٩): «ولو خرج الثمن زيوفاً، لا يبطل الملك الحاصل، ولا حق الشفعة، لأن ذلك مما يمكن الرضا به». انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥).

يبطل الملك[١] ولا الشفعة، وهذا يقتضي إرادة المعنى الثاني، وحينئذٍ يختلف جوابه في الكتابين، ويكون الصحيح ما في «الوسيط».

قال:

(ولو بنى المشتَري في الشِّقْصِ الذي قاسمَه وكيلُ الشَّريكِ في غَيبتِهِ؛ فإذا حضرَ فحقُّه في الشُّفعةِ باقٍ له[٢]، فإنه كانَ شريكاً ولم يُسقِطْ هو حقَّ الشُّفعة، وقد بقيَ له نوعُ اتِّصالٍ وهو الجِوار، ولكنْ لا يَقلَعُ (ح ز) بناءَ المشتري مجّاناً، بل يتخيَّرُ بأنْ يبقى بأجرة، أو يتمَلَّكَ بِعِوض، أو ينقُضَ بأرش؛ كالمعيرِ سواءً، إلا أنَّه يُبقي زرعه ولا يُطالِبُه (و) بالأُجْرة، والـمُعِيرُ له[٣] الأجرة؛ لأنّ الـمشتري زرعَ مِلْكَ نفسِه، فكأنـّه استوفى منفعته؛ فهو كما لو زرعَ مِلْكَه وباع).

إذا بنى المشتري، أو غرس، أو زرع في الشقص المشفوع، ثم علم الشفيع، فله الأخذ بالشفعة، وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجاناً، لا بحق الشفعة، ولكن لأنه شريك، وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجاناً[٤].

وإن بنى أو غرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتمييز،ثم علم الشفيع،

---

(١) في (ي): (البيع).

(٢) قوله: (له) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (وللمعير طلب).

(٤) كذا قال في «التهذيب» (٤/ ٣٦٥).

لم يكن له قلعه مجاناً، وبه قال مالك[١] وأحمد[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣].

لنا: أنه بنى في ملكه الذي ينفذ تصرّفه فيه، فلا يقلع مجاناً، وتعلّق حق الشفعة به لا يمكِّن من القلع مجاناً، كتعلق[٤] حقّ الرجوع بالأرض المرهونة[٥].

واعلم أن في تصوير المسألة إشكالين:

أحدهما: قال الـمُـزَنيّ[٦]: المقاسمة تتضمن الرّضا من الشفيع، وإذا رضي

---

(١) «قال مالك في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً فيريد أن يأخذها بالشفعة: إنه لا شفعة له فيها إلا أن يعطيه قيمة ما عمر» «المنتقى» (٦/ ٢١٢). انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٢٣١)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٩٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٣١).

(٢) (ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي) «المقنع» ص١٥٣ (الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ، دار الكتب العلمية، بيروت)، «الكافي» (٢/ ٤٣٠)، «الإنصاف» (٦/ ٢٩٢).

(٣) عند الحنفية: أن المشتري يُجبر على القلع، إلا إذا كان فيه نقصان للأرض، فيخير الشفيع بين أخذ الأرض بالثمن والبناء بقيمته مقلوعاً، وبين أن يجبر المشتري على القلع، وهذا لأن: المشتري في بنائه مضر بالشفيع، من حيث إنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها، وهو مبطل للحق الثابت له، يعني حق الأخذ بأصل الثمن، فلا ينفذ ذلك منه.

ولأبي يوسف رواية مثل رواية الجمهور. انظر: «الحجة» (٣/ ٨٦)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٩ - ٣٠)، «الهداية» (٩/ ٣٩٨)، «المبسوط» (١٤/ ١١٤).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (لتعلق).

(٥) في (ز): (الموهوبة).

انظر موضوع حكم المرهون بعد القبض، وانفكاك الرهن فيما سلف (٦/ ٧٣-١١٢). وفي «الحاوي» (٩/ ٥٥): «من بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجباً لتعديه ونقص بنائه، كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب في هبته».

(٦) قال الـمُـزَنيّ: «لولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً، إذا كان الشريك إنما يستحق الشفعة لأنه شريك في الدار والعرصة بحقٍّ مشاع، فكيف يقسم وصاحب النصيب وهو الشفيع غائب، والقسم في ذلك فاسد». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٩)، انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٣).

الشفيع بمالكية المشتري بطلت الشفعة، فكيف يفرض ثبوت الشفعة[١] مع جريان القسمة؟

والثاني: أن القسمة تقطع الشركة، وترد العلقة بينهما إلى الجوار، وحينئذٍ وجب ألا تبقى الشفعة؛ لاندفاع الضرر الذي كنا[٢] نثبت الشفعة لدفعه، كما لا تثبت ابتداءً للجار.

وأجاب الأصحاب عن الأوّل: فصوَّروا صحّة[٣] القسمة مع بقاء الشفعة في صور:

منها: أن يخبر الشفيع[٤] بأن البيع جرى بألفٍ، فيعفو ويقاسم، أو بأنّ الشقص انتقل[٥] إليه بالهبة ويقاسم ويبني[٦]، ثم يتبين أنّ البيع كان بما دون الألف، وأن الانتقال كان بالعوض، فتصحّ القسمة، وتثبت الشفعة[٧].

ومنها: أن يقاسم الشفيع المشتري، على ظن أنه وكيل البائع[٨]؛ إما لإخباره عنه، أو لسبب آخر[٩].

---

(١) في (ز): (الشركة).

(٢) قوله: (كنا) سقط من (ط العلمية)، وفي (ي): (كان).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بصور واضحة).

(٤) قوله: (الشفيع) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو يقاسم أرباب الشقص، أو انتقل).

(٦) قوله: (ويبني) سقط من (ي).

(٧) والمشتري متعدٍّ في قوله بالكذب، لا في قسمته وبنائه، كما لو باع داراً بعبد قد دلسه بعيب ثم بنى. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٤).

(٨) قوله: (البائع) سقط من (ط الفكر).

(٩) «التهذيب» (٤/ ٣٦٥).

ومنها: أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه والمشترين[١] منهم[٢]، فيقاسم الوكيل المشتري[٣]، والشفيع غير عالم.

ومنها: أن يكون له وكيل بالقسمة[٤]، وفي أخذ الأشقاص بالشفعة[٥] فيرى في شقص الحظ في الترك، فيقاسم[٦]، ثم يقدم الشفيع، ويظهر له أن الحظ في الأخذ، وكذلك ولي اليتيم[٧].

ومنها: أن يكون الشفيع غائباً، فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة. وللإمام في إجابة القاضي إياه وقفة إذا علم بثبوت الشفعة، والمشهور: الإجابة[٨]. وأما الثاني: فأجيب عنه بأن الجوار[٩]، وإن لم يكن يكتفي به في الابتداء إلا أنه اكتفى به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء.

ولم يخرج على الخلاف في بطلان الشفعة في ما إذا باع نصيبه جاهلاً

---

(١) في (ز): (والمشتري).
(٢) في (ي): (منه).
(٣) يجوز للوكيل المقاسمة لتوكيله في المقاسمة، ولا يجوز أن يطالب بالشفعة، لأنه غير موكل في طلبها. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٤).
(٤) في (ي)، (ز): (في القسمة).
(٥) قوله: (بالشفعة) سقط من (ي).
(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيتركه فيقاسمه).
(٧) ولي اليتيم أو المجنون، فإذا بلغ الصبي وأفاق المجنون، لهما الشفعة مع صحة القسمة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٤).
(٨) قال الماوردي: «يجوز للحاكم مقاسمة المشتري إذا كان الشريك بعيداً لغيبته، وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة». «الحاوي» (٩/ ٥٤)، انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٣٧).
(٩) في (ي)، (ز): (الجواز).

بالشفعة؛ لأن الجوار على كل[١] حال، ضرب اتصال قد يؤدي[٢] إلى التأذي بضيق المرافق، وسوء الجوار، ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة به[٣].

وقوله في الكتاب: (في الشقص الذي قاسمه وكيل الشريك)، إشارة إلى حلّ الإشكال الأول، وبيان بعض طرق صحّة القسمة مع بقاء الشُّفعة.

وقوله: (فإن كان شريكاً) إلى آخره، إشارة إلى حلّ الإشكال الثاني.

إذا تقرّر ذلك:

فإن اختار المشتري قلع البناء أو الغراس فله ذلك، ولا يكلف تسوية الأرض؛ لأنه كان متصرّفاً في ملكه، فإن حدث في الأرض نقص، فالشفيع إما أن يأخذه على صفته، وإما أن يترك. فإن لم يختر المشتري القلع، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة، وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ، وبين أن ينقضه، ويغرم أرش النقص على الوجه الذي تقرّر في المعير إذا رجع، وقد بنى المستعير في الأرض، أو غرس بلا فرق.

ولو كان قد زرع، فيبقى زرعه إلى أن يدرك، فيحصده.

وقياس التسوية في فصل البناء، بين ما نحن فيه وبين العارية، أن يجيء الخلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة. والظاهر في الموضعين: أنه يبقى الزرع. وهل للشفيع أن يطالبه بالأجرة؟ عن صاحب «التقريب»: أن له المطالبة، كما أنّ المعير يبقى بالأجرة على الظاهر.

---

(١) قوله: (كل) زيادة في (ز).

(٢) في (ي)، (ز): (يتأدّى).

(٣) قوله: (به) سقط من (ز)، (ط الفكر).

والمشهور: أنه لا مطالبة للشفيع بالأجرة، بخلاف المعير، فإن المستعير زرع أرض[1] الغير[2]، والمشتري زرع ملك[3] نفسه، واستوفى منفعته بالزراعة، وهذا كما لو باع أرضاً مزروعة، لا يطالبه المشتري بالأجرة لمدة بقاء الزرع.

وقوله في الكتاب: (ولكن لا يقلع بناء المشتري مجاناً)، معلم بالحاء؛ لما مرَّ، وبالزاي؛ لأن الـمُـزَنيّ يوافقه.

وقوله: (إلا أنه يبقى زرعه)، هذا الاستثناء يتعلق[4] بالتسوية بين الشفيع والمعير، كأنه قال: والشفيع كالمعير إلا أنه يبقى زرع المشتري بلا أجرة والمعير يبقى بالأجرة.

واعلم أن في الصور الثلاث كلها[5] ـ صورة بيع الأرض المزروعة، وصورة العارية، وما نحن فيه ـ وجهين في وجوب الأجرة، وقد ذكرنا الخلاف في الصورتين في موضعهما.

لكن الظاهر من الخلاف في صورة العارية: وجوب الأجرة، وفي الصورتين الأخيرتين: المنع؛ للمعنى الذي يجمعهما، وهو أنه استوفى منفعة ملكه.

هذا ما ذكره عامة الأصحاب. وصاحب الكتاب ناقض في مسألة بيع الأرض المزروعة، فالذي ذكره هاهنا جواب على أنه لا تجب الأجرة، وذكر في اللفظ الأول من القسم الثالث من النظر الرابع من كتاب البيع[6]: أن الأظهر وجوبها.

---

(١) في (ز): (ملك).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المعير).

(٣) قوله: (ملك) سقط من (ز).

(٤) في (ي): (متعلق)، وفي (ز): (معلق).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (منها).

(٦) قال الغزالي: «فإن أجاز، فالأظهر أن له طلب أجرة المنفعة في هذه المدة، وفي مدة بقاء الزرع». «الوجيز» (١/ ١٤٨)، وانظر ما سلف (٦/ ٣٠٦).

فرع:

ذكرنا أنه إذا زرع، لزم الشفيع إبقاء الزرع، وحينئذٍ يجوز له[١] تأخير الشفعة إلى الإدراك والحصاد؛ لأنه لا ينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده. قال الإمام[٢]: ويحتمل أنه لا يجوز له[٣] التأخير، وإن تـأخرت المنفعة، كما لو بيعت الأرض في وسط[٤] الشتاء، لا يؤخر الشفعة إلى أوان الانتفاع.

ولو كان في الشقص أشجارٌ عليها ثمار لا تستحق بالشفعة، ففي جواز التأخير إلى القطاف وجهان، والفرق: أنّ الثمار لا تمنع من الانتفاع بالمأخوذ[٥]، بخلاف الزرع.

* * *

(١) قوله: (له) سقط من (ي).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٢٧).

(٣) قوله: (له) سقط من (ي)، (ز).

(٤) قوله: (وسط) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ط العلمية): (المأخوذ).

قال رحمه الله:

(ولو تصرَّفَ المشتري بوَقْفٍ أو هبةٍ نُقِض (و). وإن كانَ ببيعٍ فالشَّفيعُ بالخِيارِ بينَ أن يأخذَه بالبيعِ الأوَّلِ فينقُضَه (و)، أو بالثاني).

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرهما، صحيحة؛ لأنها واقعة في ملكه، وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف، كما أن حق التملك للواهب بالرجوع، لا يمنع تصرف المتهب، وكما أن حق التملك للزوج بالطلاق، لا يمنع تصرّف الزوجة[1].

وفي «التتمة»: وجهٌ غريب عن ابن سريج: أنها باطلة؛ لأن للشفيع حقّاً لا سبيل إلى إبطاله، فأشبه حقّ المرتهن.

وإذا قلنا بالصحة، فظاهر المذهب[2] ـ وهو المذكور في الكتاب[3]، ونصّه في القديم ـ: أنه ينظر؛ إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة، كالوقف والهبة والإجارة[4]، فللشفيع نقضه، وأخذ الشقص بالشفعة[5]. وإن كان مما تثبت فيه الشفعة، كالبيع والإصداق، فهو بالخيار[6] بين أن ينقض تصرفه، ويأخذ الشقص بالبيع الأول، فربما يكون الثمن فيه أقل، أو من جنس هو عليه أيسر، وبين ألا ينقض تصرفه[7]، ويأخذ به[8].

---

(١) من قوله: (وكما أن) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٥)، «المهذب» (١٤/ ٣٣٤).

(٣) انظر: «الوسيط» (٤/ ٩١).

(٤) قوله: (والإجارة) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) «لأن حقه سابق للتصرف، ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ، فملك الفسخ». «المهذب» (١٤/ ٣٣٤).

(٦) يثبت له الخيار، لأنه شفيع بالعقدين، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٣٥).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تصرفه به).

(٨) قوله: (به) زيادة في (ز).

وعن أبي إسحاق المروزي: أنه ليس تصرّف المشتري بأقلّ من بنائه، فكما لا ينقض الشفيع بناءه، لا ينبغي أن ينقض تصرّفه[١]. واختلفوا في موضع هذا الوجه: فمنهم من خصصه بما تثبت فيه الشفعة من التصرفات، أما ما لا تثبت فيه، فله نقضه؛ لتعذّر الأخذ به. ومنهم من عمّم، وقال: تصرّف المشتري يبطل حقّ الشفيع، كما يبطل تصرّف المشتري المفلس حقّ الفسخ للبائع[٢]، وتصرّف المرأة حقّ الرّجوع إلى العين إذا طلّق قبل الدخول[٣]، وتصرّف المتّهب رجوع الواهب[٤].

نعم، لو كان التصرّف بيعاً، أو غيره مما تثبت فيه الشفعة، تجدد حق الشفعة بذلك.

وعن رواية الشيخ أبي علي عن أبي إسحاق: أنها لا تتجدد أيضاً؛ لأن تصرف المشتري إذا كان مبطلاً للشفعة لا يكون مثبتاً لها، كما إذا تحرَّم[٥] بالصلاة ثم شكّ، فجدّد نية وتكبيراً، لا تنعقد بها الصلاة؛ لأنه يحصل[٦] بها الحل، فلا يحصل بها العقد[٧].

---

(١) انظر: «الوسيط» (٤/ ٩١).

(٢) قال الغزالي في تصرف المفلس: «والخروج عن ملكه كالهلاك، وتعلق حق الرهن والكتابة كزوال الملك». انظر ما سلف (٧/ ٢٢٠).

(٣) لو زال ملك المرأة بجهة لازمة كالبيع والعتق تعينت القيمة، وكذا لو تعلق به حق لازم كالرهن، إلا أن يصبر إلى الانفكاك فله نصف العين. انظر ما سيرد (١٤/ ١٥٩، ١٦٠).

(٤) انظر ما سيرد (١٠/ ٣٦٩).

(٥) تحرّم: يقال: تحرّم منه بحرمة إذا تمنع وتحمى بذمة أو صحبة أو حق. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الميم (٨/ ٢٤١) (حرم).

(٦) في (ط العلمية): (يجعل).

(٧) انظر ما سلف (٢/ ٢٨٢).

ووجه ظاهر المذهب ـ وهو أن للشفيع نقض تصرف المشتري ـ: أن حقه ثابت بأصل العقد، فلا يتمكن المشتري من إبطاله، ولا يشبه تصرف المفلس[١]، وتصرف المرأة في الصداق، فإن حق البائع والزوج لا يبطل بالكلية، بل ينتقل إلى الثمن، والقيمة[٢]، والواهب رضي بسقوط حقه، حيث سلمه إليه، وسلطه عليه، وهاهنا يبطل حق الشفيع بالكلية، ولم يوجد منه رضا، ولا تسليم.

قال الشيخ أبو علي: ويجوز أن يُبنى الوجهان على القولين في ما إذا عتقت الأمَة تحت عبدٍ، وطلقها قبل أن تختار الفسخ، هل ينفذ الطلاق؟

ووجه الشبه: أن الطلاق يبطل حقها في الفسخ[٣]، ولم تسلطه[٤] عليه كما ذكرنا في الشفيع[٥].

وحكى القاضي أبو الطيب عن القاضي[٦] الماسرجسي: أنه لا ينقض تصرّف الشفيع[٧] الوقف، وينقض ما عداه.

---

(١) قال الرافعي في التفرقة بين موقف البائع إزاء تصرف المفلس، وبين موقف الشفيع: «لأن حق الشفعة كان ثابتاً حين تصرف المشتري، لأنه يثبت بنفس البيع (أي بيع الشقص)، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً حين تصرف (أي المفلس)، لأنه إنما ثبت بالإفلاس والحجر». انظر ما سلف (٧/ ٢٢١).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو).

(٣) قوله: (في الفسخ) سقط من (ي).

(٤) في (ط الفكر): (تسلط)، وفي (ط العلمية): (تتسلط).

(٥) قوله: (كما ذكرنا في الشفيع) سقط من (ط الفكر).

(٦) قوله: (القاضي) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) قوله: (الشفيع) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

قال:

(ولو تنازَعَ المشتري والشَّفيعُ في العفوِ فالقولُ قولُ الشَّفيع، أو في قَدْرِ الثَّمنِ فالقولُ قولُ المشتري، أو في كونِ الشَّفيعِ شريكاً فالقولُ قولُ المشتري، يحلِفُ أنه لا يَعْرِفُ له شريكاً.

فإن أنكرَ المشتري الشِّراء؛ فإن كانَ للشَّفيعِ بيِّنةٌ أخذَ الشِّقْصَ وتركَ الثَّمنَ في يده على رأيٍ (و) إلى أن يُقِرّ، أو يحفظُه القاضي في وجه، أو يُجبَرُ المشتري على قَبولِهِ في وجه. وإن لم يكن له[1] بيِّنةٌ فأقرَّ البائعُ بالبيع دونَ قَبْضِ الثَّمن سلَّمَ الثَّمنَ إليه وأخذ (و)؛ لأنّ الحَقَّ[2] لا يعْدُوهما. وإن قال: «قبضْتُ الثَّمن»، فيُقرَّرُ الثَّمنُ في يده أو يحْفظُه القاضي، وقيل: لا شفعةَ هاهنا؛ لِتعذُّرِ الأخذِ بلا ثَمن).

غرض الفصل الكلام[3] في الاختلاف، وفيه مسائل:

إحداها: إذا اختلف المشتري والشفيع، فقال المشتري للشفيع: «عفوتَ عن الشفعة»، أو: «قصّرتَ، وسقط حقك»، وأنكر الشفيع، فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء حقّه.

الثانية: قال المشتري: «اشتريت بألف»، وقال الشفيع: «بل بخمسمئة»، فالقول قول: المشتري[4]؛ لأنه أعلم بالعقد الذي باشره من الشفيع، ولأن الأصل

---

(١) قوله: (له) سقط من (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وأخذ بالشفعة فالحق).

(٣) قوله: (الكلام) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٤) قال الشافعي: «فإن اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٩).

بقاء ملكه حتى ينتزع بما يقرّ باستحقاق الانتزاع به[1].

وكذلك لو كان الثمن عرضاً، وتلف، واختلفا في قيمته[2]، فإن نكل المشتري حلف الشفيع، وأخذ بما حلف عليه، وهذا إذا لم تكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة قَضى بها، ولا تقبل شهادة البائع للمشتري؛ لأنه يشهد لحقّ نفسه، وفعل نفسه[3]. وفيه وجه: أنها تقبل؛ لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعًا بشهادته، والثمن ثابت له بإقرار المشتري.

ولو شهد للشفيع، فيخرج من كلام النقلة ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع؛ لأنه يشهد على فعل[4] نفسه، حيث يقول: «بعت بكذا»، وهذا ما أجاب به العراقيون[5].

والثاني: القبول؛ لأنه ينقض حقّه، وهذا أصحّ عند صاحب «التهذيب»[6].

والثالث: أنه إن شهد قبل قبض الثمن قُبِلَت شهادته؛ لأنه ينقض حقه؛ إذ لا يأخذ أكثر مما يشهد به، وإن شهد بعده لم تقبل؛ لأنه يجرّ إلى نفسه نفعًا من حيث إنه إذا قلّ الثمن قبل ما يغرمه[7] عند ظهور الاستحقاق[8].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (منه).

ولأنه «مالك للشقص، فلم يُنتفع منه إلا بقوله» «الحاوي» (٩/ ٢٨). انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٥)، «المهذب» (١٤/ ٣٤٧).

(٢) كذا قال في «التهذيب» (٤/ ٣٧٥).

(٣) فهو متهم في شهادته. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٨).

(٤) قوله: (فعل) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) قال الماوردي: «ردت شهادته؛ لأنه متهم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك، مع أنه عاقد في الحالين، فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده» «الحاوي» (٩/ ٢٨).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٣٧٥).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (إذا قبل الثمن قبل ما يغرمه).

(٨) في (ط العلمية): (ذلك الاستحقاق).

وإن أقام كلّ واحدٍ منهما بينة على ما يقوله: فعن الشيخ أبي حامدٍ: أنّ بينة المشتري أولى، كما أنّ بينة الداخل أولى من بينة الخارج.

والأصح ـ ويحكى عن القاضي أبي حامد ـ: أنهما يتعارضان؛ لأن النزاع هاهنا فيما وقع عليه العقد، ولا دلالة لليد عليه.

(وعلى هذا، إن قلنا)[1] بالتساقط، فكما لو لم تكن بينة[2]، وإن استعملناها فالاستعمال[3] هاهنا إما بالقرعة[4]، وإما بالتوقف[5].

ولو اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فإن ثبت قول المشتري فذاك، وإن ثبت قول البائع بالبينة، أو باليمين المردودة، فعلى المشتري ما ادعاه البائع، والشفيع[6] يأخذ بما ادعاه المشتري؛ لاعترافه بأن البيع جرى بذلك، والبائع ظالم بالزيادة.

وتقبل شهادة الشفيع للبائع، ولا تقبل للمشتري؛ لأنه متهم في تقليل الثمن.

وإن لم تكن بينة، وتحالفا، فُسخ البيع بينهما، أو انفسخ[7]. فإن جرى ذلك

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وعلى هذا، فالاستعمال هاهنا، أما إن قلنا). وهي زيادة لا داعي لها.

(٢) وحينئذ يكون القول قول المشتري بيمينه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٩).

(٣) قوله: (فالاستعمال) زيادة في (ي)، (ز).

(٤) وحينئذ فمن خرجت له القرعة، هل يحلف معها أو لا؟ على قولين. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٩).

(٥) قال البغوي: «إن قلنا: يستعملان، فلا يتأتى قول الوقف ولا قول القسمة؛ لأن الدار في أيديهما، ويقرع بينهما» «التهذيب» (٤/ ٣٧٥).

(٦) قوله: (والشفيع) سقط من (ط العلمية).

(٧) قوله: (فُسخ البيع بينهما أو انفسخ): إشارة إلى الوجهين في بطلان البيع بتحالفهما، ففي وجه: إنه يبطل. وفي الثاني: لا يبطل إلا بالفسخ. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠). وهذا يدل على دقة عبارته رحمه الله تعالى في اختيار الألفاظ المناسبة للحكم.

بعد ما أخذ الشفيع الشقص، أقر في يده، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع[١]. وإن جرى قبل الأخذ، ففي سقوط حقه، الخلاف المذكور في ما إذا خرج معيباً.

فإن قلنا: لا تسقط، أخذه بما حلف عليه البائع؛ لأنه اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن[٢]، فلا يبطل حقّه ببطلان حقّ المشتري بالتحالف، بل يأخذه منه، وتكون عهدته عليه.

وتكلموا في أنه لِـمَ لَـمْ[٣] يتحالف المشتري والشفيع، تحالف البائع والمشتري. وفرّقوا بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن كل واحد من البائع والمشتري يدعي شيئاً ويدعى عليه شيء، فحلف كل واحد منهما من حيث[٤] هو مُدَّعى عليه[٥]، وليس كذلك الشفيع والمشتري، بل الشفيع مدّعٍ محض، والمشتري مدّعًى عليه محض، فاختصّ بالتحليف.

والثاني: أن البائع والمشتري كلاهما مباشر للعقد، والاحتمال في قولهما على السواء، وهاهنا الشفيع أجنبي عن العقد، فكان تصديق المباشر أولى.

والثالث: قال أبو إسحاق: كلّ واحدٍ من البائع والمشتري يرجع إلى شيء بعد التحالف، هذا إلى المبيع، وذاك إلى الثمن.

وأما الشفيع والمشتري لو تحالفا، لم يرجع الشفيع إلى شيء، فلا فائدة في تحليفه.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٥).

(٢) قوله: (الثمن) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لو لم)، وفي (ي): (لمَ لا).

(٤) في (ط العلمية): (بحيث).

(٥) قوله: (عليه) زيادة في (ز).

الثالثة: لو أنكر المشتري كون الطالب شريكاً، فالقول قوله مع يمينه، وإنما يحلف على نفي العلم بشركته، لا على نفي[١] شركته، فإن نكل حلف الطالب على البَتِّ[٢]، وأخذ بالشفعة. وكذلك الحكم لو أنكر تقدم ملك الطالب على ملكه[٣].

الرابعة: إذا كانا شريكين في عقار، فغاب أحدهما، ورأينا نصيبه في يد ثالث، فادعى الحاضر عليه: «أنك اشتريته، ولي فيه حق الشفعة»، فلا يخلو إما أن يكون للمدعي بينة على دعواه، أو لا يكون:

القسم الأول: أن تكون له بينة، فيقضى بها، ويأخذه بالشفعة[٤]. ثم إن اعترف المدّعى عليه، سلم الثمن إليه، وإلا فيترك في يد[٥] المدعي إلى أن يقرّ المدعى عليه، أو يأخذه[٦] القاضي ويحفظه، أو يجبر على قبوله، أو الإبراء عنه[٧]؟ فيه ثلاثة أوجه[٨]، مذكورة في باب الإقرار وغيره.

---

(١) قوله: (نفي) سقط من (ي).

(٢) البت القطع، وتقدم معناه. انظر: «القاموس المحيط» ص١٤٧ (بتت).
والمقصود هنا: أن يحلف قاطعاً بأنه شريك البائع، وأنه يستحق الشفعة.

(٣) فيحلف المشتري «أنه لا يعلم أن صاحبه ملَكَ قبله، فتكون يمينه على العلم، لنفي ما ادعاه صاحبه من تقدّم ملكه». «الحاوي» (٩/ ٨٧)، انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٥).

(٤) قال الـمُـزَنيّ: «ولو ادعى الشفيع على رجل أنه اشترى الشقص الذي في يديه من صاحبه الغائب، ودفع إليه ثمنه، وأقام عدلين بذلك عليه، أخذ بشفعته، ونفذ الحكم بالبيع على صاحبه الغائب». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(٥) قوله: (في يد) سقط من (ي).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يأخذه عنه).

(٧) قوله: (عنه) زيادة في (ي)، (ز).

(٨) «كما لو أقرّ بدار لرجلٍ، وكذّبه المقرّ له». انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٤٤).

ولو أقام المدعي البينة، وجاء المدعى عليه ببينة على أنه ورثه أو اتهبه، فالبينتان متعارضتان. وإن جاء ببينة على أن ذلك الغائب أودعه إياه، أو أعاره، فإن لم يكن للبينتين تاريخ، أو سبق تاريخ الإيداع[١]، فلا منافاة، فيقضي بالشفعة؛ لأنه ربما أودعه، ثم باعه[٢]. وإن سبق تاريخ البيع[٣] فلا منافاة أيضاً؛ لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع، ثم ردّه بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود[٤].

قال الشيخ أبو حامد: ولاحتمال أنه تعذر على المشتري تسليم الثمن، فقال له البائع: «أودعتك ما في يدي من هذا العقار إلى أن تسلم الثمن». نعم، لو انقطع الاحتمال، بأن كان تاريخ الإيداع لاحقاً، وذكر الشهود أنه أودعه، وهو ملكه، فهاهنا يراجع الشريك القديم، فإن قال: «إنه وديعة» سقط دعوى الشراء، وإن قال: «لا حق لي فيه» قضى له بالشفعة.

والقسم الثاني: ألا تكون له بينة، فللمدعى عليه في الجواب أحوال:

إحداها: أن يقرّ بأنه كان لذلك البائع[٥] الغائب، فاشتراه منه كما ادعى المدعي، فهل للمدعي أخذه؟ فيه وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: لا؛ لأنه اعترف بسبق ملك الغائب، ثم ادعى انتقاله إليه، فلا يقبل قوله في الانتقال، فعلى هذا يوقف الأمر حتى يكاتب، فيجيب[٦] هل هو مقرّ بالبيع؟

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (للبينتين تاريخ للإيداع).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٨١).

(٣) من قوله: (فلا منافاة) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) قال الـمُـزَنيّ: «ولو أقام الشفيع البينة «أنه اشتراها من فلان الغائب بألف درهم»، فأقام ذلك الذي في يديه البينة «أن فلاناً أودعه إيّاها»، قضيت له بالشفعة، ولا يمنع الشراء الوديعة». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(٥) قوله: (البائع) زيادة في (ي).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ويبحث).

والثاني ـ وهو الأظهر[(١)] ـ: نعم؛ لتقارهما على البيع، ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة بإقرارهما، فإذا قدم الغائب، فهو على حجته.

الثانية: أن ينكر أصل الشراء، فالقول قوله مع يمينه، ثم ينظر: إن اقتصر في الجواب على: «أنه لا يستحق أخذه بالشفعة»، أو: «أنه لا يلزمه تسليمه إليه»، حلف كذلك، ولم يلزمه التعرض لنفي الشراء[(٢)]. وإن قال في الجواب: «لم أشتره، بل ورثته» أو «اتهبته»، فيحلف كذلك، أم يكفيه الحلف على أنه لا يستحق الشفعة؟ فيه وجهان[(٣)] كما ذكرنا في دعوى عيب المبيع[(٤)].

وإن نكل المدّعى عليه، حلف الطالب، واستحقّ الشقص، وفي الثمن ما تقدّم من الوجوه.

هذا إذا أنكر المشتري[(٥)]، والشريك القديم غير معترف بالبيع، فإن كان معترفاً، والشقص في يده، نظر: إن لم يعترف بقبض الثمن، ففي الشفعة وجهان:

أصحهما: ثبوتها، وبه قال أبو حنيفة[(٦)] وأحمد[(٧)] والـمُـزَنيّ[(٨)]؛ لأن إقراره

---

(١) في (ي)، (ز): (وأظهرهما).

(٢) قال الماوردي: «كان جواباً مقنعاً، وأُحْلِف بالله تعالى: «أنه لا يستحق فيه شفعة»». «الحاوي» (٩/ ٧٩).

(٣) أحدهما: يحلف على نفي الشراء، لتكون اليمين موافقة للجواب.

والثاني: يحلف على عدم استحقاق الشفعة، لأنها المقصودة بالدعوى. «الحاوي» (٩/ ٨٠).

(٤) انظر ما سلف (٦/ ٢١٨).

(٥) في (ز): (أنكر الشراء).

(٦) قال السرخسي: «لو قال: «كنت بعت هذه الدار من فلان»، وقال فلان: «ما اشتريت»، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة، لثبوت البيع بإقرار البائع». «المبسوط» (١٤/ ١٠٢).

(٧) «الإنصاف» (٦/ ٣٠٩)، «الكافي» (٢/ ٤٢٨)، «المقنع» ص١٥٤.

وللحنابلة وجه آخر: بعدم ثبوت الشفعة.

(٨) قال الـمُـزَنيّ: «لو أن البائع قال: «قد بعت من فلان شقصي بألف درهم، وأنه قبض الشقص»، =

يتضمن إثبات حقّ المشتري وحقّ الشفيع، فلا يبطل حقّ الشفيع بإنكار المشتري.

والثاني ـ وبه قال مالك[١] ـ: أنها لا تثبت؛ لأن الشفيع يتملك على المشتري، وهو منكر، فلا يثبت ما يتفرّع عليه، ويروى هذا عن ابن سُريج[٢].

فإن قلنا بالثبوت، فإلى من يسلم الثمن؟ فيه وجهان:

أظهرهما[٣] ـ وهو المذكور في الكتاب[٤] ـ: إلى البائع، وتكون عهدته عليه؛ لأنه يتلقى الملك منه، وكان الشفيع في هذه الصورة هو المشتري.

والثاني: أنه ينصب القاضي أميناً، يقبض الثمن من الشفيع للمشتري، ويدفعه إلى البائع، ويقبض الشقص من البائع للمشتري، ويدفعه إلى الشفيع.

وهذا يستمد من أحد الوجهين في أن الأخذ بالشفعة هل يتوقف على قبض المشتري الشقص؟

وإذا أخذ البائع ثمن الشفيع، فهل له مخاصمة المشتري، ومطالبته بالثمن؟ فيه وجهان[٥]؛ لأنه قد يكون ماله أبعد عن[٦] الشبهة، والرجوع بالدرك[٧] عليه

= فأنكر ذلك فلان، وادعاه الشفيع، فإن الشفيع يدفع الألف إلى البائع ويأخذ الشقص». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(١) وهذا، لأن العهدة على المشتري، فإذا لم يثبت للمشتري الشراء فلا شفعة للشفيع. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٢١٩)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٢٤، ٣٥٢)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٦).

(٢) انظر: «الوسيط» (٤/ ٩٢)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٦).

(٣) واقتصر عليه الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٩٠).

(٤) لم يشر إلى ترجيحه في «الوسيط» (٤/ ٩٣).

(٥) **أحدهما**: المنع، وهو قول ابن أبي هريرة، لأن القصد حصول الثمن وقد حصل له. «الحاوي» (٩/ ٨٩).

(٦) في (ط العلمية): (من).

(٧) الدرك: اسم من أدركت الشيء إذا طلبته فلحقته. «المصباح المنير» (١/ ١٩٢) (أدركته). =

أسهل[١]. إن قلنا: نعم، وحلف المشتري، فلا شيء عليه، وإن نكل، حلف البائع، وأخذ الثمن من المشتري، وكانت عهدته عليه.

وما أخذه من الشفيع يترك في يده، أم يؤخذ ويوقف؟ فيه وجهان. هكذا أورده صاحب «التهذيب». وفي «الشامل»: أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري في ما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفيع، فإن رضي فليقنع[٢] بما أخذ، وهذا أحسن.

وإن اعترف مع البيع بقبض الثمن: فإن قلنا: لا شفعة في ما إذا لم يعترف بالقبض، فهاهنا أولى. وإن أثبتنا الشفعة هناك، ففي هذه الصورة وجهان، أظهرهما[٣]: الثبوت.

ثم الثمن: يترك في يد الشفيع، أو يأخذه القاضي ويحفظه[٤]، أو يجبر المشتري على قبوله أو الإبراء منه[٥]؟ فيه الأوجه السابقة.

= قال الخطيب الشربيني: «وهو التبعة، أي المطالبة والمؤاخذة».
وضمان الدرك: أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً. وسمي به، لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله.
ويسمى ضمان العهدة، لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده.
والعهدة في الحقيقة: عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن، لأنه مكتوب في العهدة مجازاً تسميةً للحالِّ باسم المحَلّ. انظر: «المنهاج» (ص٦٢)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٠١)، «نهاية المحتاج» (٤/ ٤٣٩)، «الحاوي» (٩/ ٧٣).

(١) «ولما فيه من البغية بوصول الملك إلى مستحقه». «الحاوي» (٩/ ٩٠).
(٢) في (ز): (لم يقنع).
(٣) قال الماوردي: «وهو قول كثير من أصحابنا». «الحاوي» (٩/ ٩٠).
(٤) أو يُدفع إلى البائع، وما أخذه البائع من المشتري يوقف في بيت المال للمشتري. «الحاوي» (٩/ ٩٠).
(٥) قوله: (أو الإبراء منه) سقط من (ز).

والثاني ـ ويُحكى عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة ـ: أنها لا تثبت؛ لأن الشفيع لا يأخذ إلا بالثمن، ولا يمكن هاهنا صرف الثمن إلى المشتري، ولا إلى البائع.

الثالثة: أن يقول في الجواب: «اشتريته لفلان، ولا خصومة لك معي»[(١)]، فينظر في المضاف إليه: أهو حاضر، أو غائب بالغ، أو صبي؟ ويكون الحكم فيه على[(٢)] ما سيأتي في سائر[(٣)] الدّعاوى إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب: (سلم الثمن إليه وأخذ)، كلاهما معلم بالواو؛ لما ذكرنا من الخلاف في الأخذ بالشفعة، وفي من يسلم إليه الثمن على تقدير الأخذ.

وقوله: (فيقرر الثمن في يده، أو يحفظه القاضي)، إشارة إلى الخلاف الذي ذكره مرّة، وترك الوجه الثالث اكتفاء بما سبق في نظير المسألة. والله أعلم.

* * *

---

(١) إن ادعى أنه وكيله فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل ردت اليمين على الشفيع وحكم له بالشفعة. ويُقبض الثمن من الشفيع ويوضع في بيت المال أو يقر في ذمة الشفيع إلى حضور الغائب. انظر: «الحاوي» (٩/ ٨٠).

(٢) قوله: (على) زيادة في (ي)، (ز).

(٣) قوله: (سائر) زيادة في (ي)، (ز).

قال رحمه الله:

(الطَّرف الثالث: في تزاحُمِ الشُّركاء:

فـإن تَـوافَقُوا في الطَّلبِ وتَسـاوَتْ حِصَصُهم وُزِّعَ عليهم بالسَّويّة، وإن تفاوتت حِصَصُهم فقولان؛ في أنه يُوزَّعُ على قدْرِ الحصص (ح و)، أو على عددِ الرُّؤوس، والجديد: على أنه على قَدْرِ الحصص.

ولـو بـاعَ أحدُ الشـريكَـينِ نصيـبَهُ منْ شخصيـنِ في صفقتيـنِ مُتعاقِبتين؛ فالمشتري الأوَّلُ هل يُشاركُ الشريكَ القديمَ في أخذِ مضمُونِ الصَّفقةِ الثانية، ومِلْكُهُ في نفسِه مُعَرَّضٌ للنَّقض؟ فيه[1] ثلاثةُ أوجُه؛ يُفرَّقُ في الثالثِ بينَ أن يأخُذَ القدِيمُ نصيبَه فلا يُساهمَه (ح)، أو يعفوَ عن صفقتِه فتستقرَّ شركَتُه فيُساهمَ فيه).

الكلام في هذا الطرف ينحصر في ثلاثة أمور:

الأول: أن يتفق الشركاء على الطلب.

والثاني: أن يطلب بعضهم ويعفو بعضهم[2].

والثالث: أن يحضر بعضهم[3]، ويغيب بعضهم، وسبيل ضبطها أنه إما أن يكون كلهم حضوراً، أو لا يكون كذلك.

إن كان الأول: فإما أن يتفقوا على الطلب، وهو الأمر الأول، أو على الترك

---

(١) قوله: (فيه) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) في (ز): (ويعفو عن بعض).

(٣) قوله: (والثالث أن يحضر بعضهم) سقط من (ي).

وشأنه هين فتركه[١]، أو يطلب بعضهم، ويترك البعض، وهو الثاني.

وإن كان الثاني، فإما إن كانوا غائبين جميعاً، وهو متروك؛ لوضوحه، أو كان بعضهم غائباً والبعض حاضراً وهو الثالث.

أما الأول: فيقدم عليه: أن تعدُّد المستحقين للشفعة قد يكون ابتداءً، بأن كانت الدار مشتركة بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه، فتثبت الشفعة للباقين، وقد يحصل في الدوام، بأن كان الاستحقاق لواحدٍ فمات، تثبت الشفعة لورثته.

وعند أبي حنيفة[٢] وأحمد[٣]: حقّ الشفعة لا يورث.

لنا: قوله ﷺ: «من ترك حقّاً، فهو لورثته»[٤]، وأنه حق لازم مالي، فأشبه الردّ بالعيب[٥].

---

(١) قوله: (فتركه) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) عند الحنفية: إن مات الشفيع بعد الطلب وقبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشتري إليه، تبطل الشفعة، وليس لورثته أن يأخذوها، لأن الشفعة بالملك وقد زال بالموت، والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع، وهو غير معتبر لانتفاء شرطه، وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٢)، «الهداية» (٩/ ٤١٦)، (البابرتي، أكمل الدين، محمد بن محمود) «العناية» مع «فتح القدير» (٩/ ٤١٦ - ٤١٧) (الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ، دار الفكر).

(٣) عند الحنابلة: إن مات الشفيع قبل الطلب بطلت شفعته، لأنه حق فسخ لا لفوات جزء فلم يورث، كرجوع الأب في هبته. ولأن حقه سقط بتركه وإعراضه.
فإن مات بعد الطلب لم تسقط، لأنها تقررت بالطلب بحيث لم يسقط بتأخيره. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٣٣)، «الإنصاف» (٦/ ٢٩٧ - ٢٩٨).

(٤) في (ز): («فلورثته»)، وكلا اللفظين وردا في الحديث بتعدد رواياته. قال ابن حجر: «أورده الرافعي هنا بلفظ «من ترك حقاً»، ولم أره كذلك». «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٦).
وأخرجه البخاري بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته» كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً (٥/ ٦١) (٢٣٩٨).
وأخرجه أبو داود عن جابر، كتاب البيوع، باب في التشديد في الدين (٣/ ٢٤٧) (٣٣٤٣)، والإمام أحمد في «مسنده» عن جابر (٣/ ٢٩٦).

(٥) «ولأن الشفعة من حقوق الملك، فوجب أن تكون موروثة مع الملك، كطرق الأملاك ومرافقها». =

إذا تقرر ذلك، ففي الفصل مسألتان:

إحداهما: أن المستحقين[١] للشفعة إذا تساوت حصصهم، كما إذا كانت الدار[٢] بين ثلاثة أثلاثاً[٣] فيأخذون الشقص بالسوية، وإن تفاوتت حصصهم، كما إذا كان لأحد الثلاثة نصفها، وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، فقولان:

أصحهما ـ وبه قال مالك[٤] ـ: أن الشفعة على قدر الحصص، فيقسم النصف بينهما أثلاثاً؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، فيقدر بقدر[٥] الملك، ككسب العبد المشترك، والنتاج، والثمار.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٦]، واختاره الـمُـزَنيّ[٧] ـ: أنها على عدد الرؤوس، فيقسم النصف بينهما بالسوية؛ لأن سبب ثبوت[٨] الشفعة أصل الشركة[٩]، ألا

= «الحاوي» (٩/ ٤٢)، انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٤٤).

(١) في (ي)، (ز): (والمستحقون).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كدار).

(٣) قوله: (أثلاثاً) سقط من (ط الفكر).

(٤) وهذا لأن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا لعددهم، فيجب تفاضلهم فيها بتفاضل أصل الشركة، كعتق رجلين نصيبهما في عبد، فالتقويم عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما. «المنتقى» (٦/ ٢١١)، انظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٣٢٥).

(٥) قوله: (بقدر) سقط من (ط الفكر).

(٦) وهذا: لأنهم «استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال، فيستوون في الاستحقاق». «الهداية» (٩/ ٣٧٧)، انظر: «الحجة» (٣/ ٨٥)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٥)، «المبسوط» (١٤/ ٩٨).

(٧) قال الشافعي: «ولورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد، امرأته وابنه في ذلك سواء». قال الـمُـزَنيّ: «وهذا يؤكد ما قلت». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٩).

(٨) قوله: (ثبوت) سقط من (ط الفكر).

(٩) في (ز): (أصل الملك).

ترى أن الشريك الواحد يأخذ الكلّ قلّ نصيبه أو كثر[١]، وهما في أصل الشركة سواء[٢]؟ فأشبه أجرة الصَّكَّاك[٣].

وعن أحمد[٤] روايتان كالقولين. واحتجّ المُزَنيّ للقول الثاني، بثلاث مسائل:

إحداها: أنه إذا اشترك ثلاثة في عبد على التفاوت، فأعتق اثنان نصيبهما، وهما موسران، يغرمان نصيب الثالث بالسوية[٥].

والثانية: لو مات مالك الدار عن اثنين، ثم مات أحدهما، وله ابنان[٦]، ثم باع أحد الابنين نصيبه، سَوَّى الشافعي بين الأخ والعم في الشفعة، مع تفاوت حصّتهما[٧].

---

(١) في (ط العلمية): (يأخذ الكل في نصيبه أو أكثر).

(٢) من قوله: (ألا ترى) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٣) الصَّكَّاك: كاتب الصكوك، والصك هو الكتاب الذي يُكتب في المعاملات والأقارير، أو للعهدة، ويقال هو معرّب.
وكان الأمراء يكتبون للناس بأرزاقهم وأعطياتهم صكاكاً، فيبيعون ما فيها قبل أن يقبضوها معجلاً، ويعطون المشتري الصك ليمضي ويقبضه، فنهوا عن ذلك. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٤٥) (الصَّك)، «تاج العروس» فصل الصاد، باب الكاف، (٧/ ١٥٣) (صكّ).

(٤) ظاهر المذهب عند الحنابلة: أنها تُقسم على قدر الحصص، لأنها حق يُستحق بسبب الملك فيكون على قدره كالأجرة والثمرة. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٢٣)، «الفروع» (٤/ ٥٤٩ - ٥٥٠)، «الإنصاف» (٦/ ٢٧٥ - ٢٧٦).

(٥) قال المُزَنيّ: «ولم يختلف قوله في المعتقين نصيبين من عبد أحدهما أكثر من الآخر في أن جعل عليهما قيمة الباقي منه بينهما سواء إذا كانا موسرين». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢١٩).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (اثنان).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (حصصهم). =

والثالثة: قال الشافعي ـ في ما إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ ـ: فلورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد، امرأته وابنه في ذلك سواء[١].

والجواب: أما مسألة العتق: فمن الأصحاب من لم يسلمها وجعلها على القولين.

ومنهم من سلم، وفرّق بأن ذلك ضمان إتلاف، فالنظر فيه إلى المتلفين، لا إلى حال الإتلاف، وهذه فائدة من فوائد الملك، فيتقدّر بقدره[٢].

وأما المسألتان الأخيرتان: فهما من باب الشفعة، فنشرحهما، ثم نذكر اعتذار من نصر القول الأوّل.

أما المسألة[٣] الأولى، فللشافعي فيها قولان:

القديم ـ وبه قال مالك[٤] ـ: أن الأخ يختص بالشفعة؛ لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ؛ لأنهما ملكا بسببٍ واحد، ولهذا لو ظهر دينٌ على أبيهما، يباع فيه ملكهما،

= قال الشافعي: «ولو ورثه رجلان فمات أحدهما وله ابنان، فباع أحدهما نصيبه، فأراد أخوه الشفعة دون عمه، فكلاهما سواء، لأنهما فيها شريكان».

قال الـمُـزَنيّ: «وفي تسويته بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الأخ، قضاء لأحد قوليه على الآخر في أخذ الشفعاء بقدر الأنصباء». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٩).

(١) «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٩)، وقد تقدم ذكر النص.

(٢) وقال الماوردي: «وقد تنفصل عنه بأن العتق استهلاك، ألا ترى أن صاحب الحصة المقومة من العبد لو رضي باسترقاق حصته ورضي العبد بها لم يجز وأعتقت على الشريك، ولو رضي الشريك بترك شفعته جاز فافترقا». «الحاوي» (٩/ ٤١).

(٣) قوله: (المسألة) زيادة في (ز).

(٤) عند المالكية: كل صاحب شرك أخص فهو أشفع، فأهل المورث الواحد يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب، ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث. انظر: «التاج والإكليل» و«مواهب الجليل» (٥/ ٣٢٩ - ٣٣٠).

دون ملك العم، وإذا كان أقرب ملكاً كان أحق بالشفعة، كالشريك مع الجار.

وأصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[١] وأحمد[٢] والمُـزَنيّ[٣] ـ: أنهما يشتركان في الشفعة؛ لاشتراكهما في الملك، والنظر في الشفعة إلى ملك الشريك[٤]، لا إلى سبب ملكه؛ لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة[٥] لا يختلف[٦]. فعلى هذا يوزّع على الأخ والعم بالسوية، أم على قدر الحصص؟ فيه القولان.

وقال الإمام[٧]: قضية المذهب: القطع بالتوزيع عليهما على قدر الحصص؛ لأن القول باستحقاقهما هو الجديد، ولا تردد على الجديد في أن الشفعة على قدر الحصص، والتوزيع على الرؤوس هو القول القديم، وفي القديم: لا شفعة للعم في المسألة، وفي هذا الذي ذكره، نزاع سنورده من بعد.

وإذا قلنا باختصاص الأخ بالشفعة، فلو أنه عفا، هل تثبت للعم؟ فيه وجهان عن ابن سريج:

---

(١) هذا عندهم بناءً على أنه حال الاجتماع التقديم للأقرب يكون بحسب سبب وجوب الشفعة فيقدم الشريك على الخليط (وهو الشريك في حقوق الملك والجوار)، ويقدم الخليط على الجار، وإن اجتمع خليطان يُقدم الأخص على الأعم.
وفي حال اتحاد السبب يكون التقسيم على عدد الرؤوس، ولا يعتبر اختلاف الأملاك. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٥، ٨)، «الهداية» (٩/ ٣٧٥ - ٣٧٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٤٥).
(٢) «الكافي» (٢/ ٤٢٤).
(٣) قال الـمُـزَنيّ: «هذا أصح من أحد قوليه إن أخاه أحق بنصيبه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢١٩).
(٤) في (ي): (المشتري).
(٥) من قوله: (إلى ملك) إلى هنا ساقط من (ز).
(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٩ - ٤٠)، «المهذب» (١٤/ ٣٢٦).
(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٤٩-٣٥٠).

أحدهما: لا؛ لأنه لو كان مستحقّاً لما تقدّم[١] غيره عليه.

والثاني: نعم؛ لأنه شريك، وإنما يقدم الأخ عليه؛ لزيادة قربه[٢]، فإذا سقط حقه استحقّ العمّ، كما أنّ المرتهن يقدّم على سائر الغرماء في المرهون، ثم إذا سقط حقه[٣] تمسك به الباقون.

وهذا الخلاف راجع إلى أن العم ـ على القول القديم ـ ساقط عن الاستحقاق، أو مزحوم بالأخ.

والقولان في مسألة الأخ والعم، جاريان في كلّ صورةٍ ملك شريكان بسببٍ واحدٍ، وغيرهما من الشركاء بسببٍ آخر، فباع أحد المالكين بالسبب الواحد نصيبه: ففي قول: الشفعة لصاحبه خاصة. وفي قول: للكل. مثاله: كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصيبه من رجلين أو وهبه، ثم باع أحدهما نصيبه[٤]، ولو مات[٥] مالك الدار عن بنتين وأختين، فباعت إحدى الأختين نصيبها، ففي من له الشفعة وجهان عن ابن سريج[٦]:

أحدهما: أنه على القولين، ففي قول: هي للأخت الأخرى، وفي قول: لهنّ جميعاً.

وأظهرهما: القطع باستحقاقهن جميعاً؛ لأن سبب ملكهن واحد، وإنما الاختلاف في مقادير الملك[٧].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لتقدم).

(٢) قال الماوردي: «إنما قدم الأخ عليه، لامتزاج سببه». «الحاوي» (٩/ ٤٠).

(٣) من قوله: (استحق العمّ) إلى هنا سقط (ز).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٣).

(٥) في المطبوع من كتاب «العزيز» (٥/ ٥٢٩): (أو مات). (م ع).

(٦) قوله: (عن ابن سريج) سقط من (ز).

(٧) غلّط الماوردي مَن خرجه من الأصحاب على قولين. «الحاوي» (٩/ ٤٤).

وأما الثانية: فإذا مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حقّ الشفعة، كما تقدّم، وفي كيفيته ثلاث طرق:

أحدها: أنّ في كون الشفعة بينهما على قدر الرؤوس، أو على قدر المواريث القولين[1]: أظهرهما ـ وبه قال صاحب «الإفصاح»، والشيخ أبو حامد ـ: القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث[2]، والطريقان مبنيان على خلاف الأصحاب في أن ورثة الشفيع يأخذون لأنفسهم، أو للمورث، ثم يتلقون منه: فإن قلنا: يأخذون لأنفسهم، عاد القولان في المسألة. وإن قلنا: يأخذون للميت، قطعنا بأنهما يأخذان على قدر الميراث.

والثاني: يوجه بأنهم لو أخذوا لأنفسهم لأخذوا بالملك، وإنما يحصل ملكهم بالإرث، وهو متأخر عن الشراء، والملك المتأخّر لا يفيد ولاية[3] الشفعة.

والطريق الثالث: القطع بالتسوية؛ لأنّ الموروث من الشفيع[4] حق تملك الشقص لا الشقص، ومجرد الحقّ قد يسوى فيه[5] بين الورثة، كحدّ القذف. هكذا حكاه ووجهه الشيخ أبو الفرج السرخسي.

إذا عرفت المسألتين، فمن نصر قول التوزيع على الحصص، قال في المسألة الأولى: إن قلنا بطريقة القولين، فلا فرق، ولا احتجاج. وعلى ما ذكره الإمام:

---

(١) ولأن الجميع ملك الشقص في وقت واحد، لم يسبق بعضهم بعضاً. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٢٧).

(٢) كذا قال الماوردي: «للزوجة الثمن، والباقي للابن قولًا واحداً، لأنهم ليس يأخذونها بأنفسهم، وإنما يرثونها عن ميتهم، فكانت بينهم على قدر مواريثهم». وكذا قال البغوي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤)، «التهذيب» (٤/ ٣٦٢).

(٣) في (ط الفكر): (ولا زلة).

(٤) قوله: (من الشفيع) سقط من (ز).

(٥) قوله: (فيه) سقط من (ز).

الحكم في المسألة غير ما احتجّ به جزماً، فلا يصحّ الاحتجاج به[١] أصلًا، لكن الذي ذكره مبنيٌّ على أنّ الجديد: هو التوزيع على الحصص.

والأكثرون عكسوا ذلك، وقالوا: القولان معاً منصوصان في «الأم»[٢]، والقديم منهما: هو التوزيع على الحصص، ولذلك[٣] اعترضوا على ابن القاص.

ومن أثبت قول التوزيع في المسألة، تفريعاً على ثبوت الشفعة للأخ والعم جميعاً: بأن الشفعة إنما ثبتت لهما في الجديد.

وفي الجديد: التوزيع على عدد الرؤوس، فلا يجيء فيها إلا قولا: التخصيص بالأخ، والتسوية بينهما. ذكر هذا الاعتراض القفّال، وكثير[٤] من الأئمة.

وأما المسألة الثانية: فمن قال فيها بالقولين، قال: الذي ذكره أحد القولين، وسقط الاحتجاج[٥]. ومن قطع فيها[٦] بالتفاوت اختلفوا: فمنهم من لم يثبت

---

(١) قوله: (به) سقط من (ي)، (ز).

(٢) قال الشافعي: «ولو مات الرجل وترك ثلاثة من الولد، ثم ولد لأحدهم رجلان ثم مات المولود له، ودارهم غير مقسومة، فبيع من الميت حق أحد الرجلين، فأراد أخوه الأخذ بالشفعة دون عمومته، ففيها قولان، أحدهما: أن ذلك له. ومن قال هذا القول قال: أصل سهمهم هذا فيها واحد، فلما كان إذا قسم أصل المال كان هذان شريكين في الأصل دون عمومتهما، فأعطيته الشفعة بأن له شركاً دون شركهم، وهذا قول له وجه. والثاني: أن يقول أنا إذا ابتدأت القسم جعلت لكل واحد سهماً وإن كان أقل من سهم صاحبه فهم جميعاً شركاء شركة واحدة، فهم شرع في الشفعة».
وقال في شركاء في دار باع أحدهم نصيبه: «والقول الثاني أنهما في الشفعة سواء، وبهذا القول أقول». «الأم» (٤/ ٣).

(٣) في (ي): (وكذلك).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في كثير).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وسقط الآخر).

(٦) قوله: (فيها) سقط من (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيهما).

مـا نقله المُـزَنيّ. ومنـهم من حمله على التسويـة في أصل الاستحقـاق دون المقدار المستحق[١].

وقـوله في الكتـاب: (والجـديـد على أنه عـلى قـدر الحصص)، معلم بالحـاء والـزاي، وجعل هذا القـول جديداً، اتباعاً لما ذكره الإمام، وفيه ما ذكرناه عن الأكثرين[٢]، وكأنهم لما رأوا القولين منصوصين في الجديد، وأحدهما وهو التوزيع على الحصص منصوصاً في القديم، رأوا اسم الجديد مما يقابل القديم أحق[٣]، فخصوه به.

المسألة الثانية: دار بين اثنين مناصفة، باع أحدهما نصف نصيبه من إنسان، ثم باع النصف[٤] الثاني من آخر، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك القديم، ولا يخلو الحال إما أن يعفو عنه، أو يأخذه. إن عفا فهل يشاركه المشتري الأول في النصف الثاني؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الشريك القديم مسلط على ملكه، فكيف يزاحمه به.

وأصحهما[٥]: نعم؛ لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية، واستقرّ بعفو الشريك

---

(١) قال الماوردي: «ويكون تأويل ما نقله الـمُـزَنيّ عن الشافعي رضي الله عنه: أن امرأته وابنه في ذلك سواء، يعني: في استحقاقها (أي الشفعة) لجميع الورثة، لا يختص بها بعضهم دون بعض». وكـذا قال البغوي. «الحاوي» (٩/ ٤٤)، «التهذيب» (٤/ ٣٦٢).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الأولين).

(٣) قوله: (أحق) سقط من (ي).

(٤) قوله: (النصف) سقط من (ز).

(٥) قال البغوي: «في الجديد ـ وهو المذهب ـ: يثبت لهما». «التهذيب» (٤/ ٣٦٣).
وقال الشيرازي: «على ظاهر المذهب». «التنبيه» ص١١٨.

القديم، فيستحق به، وقطع قاطعون بهذا الوجه. وإذا قلنا به، فيأخذان بالسوية، أو[1] بحسب الحصتين؟ فيه القولان السابقان.

وإن أخذ الشريك القديم النصف الأول، ففي مشاركة المشتري[2] الأول إياه في النصف الثاني وجهان أيضاً، قربوهما من الخلاف في ما إذا باع الشفيع[3] ملكه، وهو جاهل بالشفعة، هل يبقى له الحق؛ لأنه زال ملكه هاهنا بالقهر، كما زال هناك عن جهل وغرّة[4]. والأصح: أنه لا يشاركه، وقطع به بعضهم.

وإذا اختصرت، قلت: في المسألة ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب:

أحدها: أن الشريك القديم، والمشتري الأول يتساهمان[5] في النصف الثاني بكل حال.

والثاني: يختصّ به الشريك[6] القديم بكلّ حال.

والثالث[7]: يفرّق بين أن يعفو عن النصف الأول، أو لا يعفو، وهو الظاهر.

---

(١) كذا في (ي)، وفي غيرها: (أم).

(٢) قوله: (المشتري) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) في (ز): (الشريك).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (هناك بالجهل).

وفي المسألة المشار إليها وجهان: **أحدهما**: لا تبطل شفعته، حيث كان شريكاً يوم البيع.

والثاني: تبطل، لأن الشفعة تثبت ابتداءً بِقدر ما بقي له من الشرك، وهو قول ابن سريج، ورجحه الماوردي. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٦)، «الحاوي» (٩/ ٢٦).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يتساويان).

(٦) في (ز): (الشفيع).

(٧) من قوله: (يختص به) إلى هنا سقط من (ي).

والمحكي عن أبي حنيفة[١] في المسألة[٢]، يوافق الوجه الأول.

قال:

(وإن عفا أحدُ الشَّرِيكينِ وجبَ على الثاني أن يأخُذَ الكلّ (و)؛ لأنّ أخذَ البعضِ إضرارٌ بالمشتري. وإنْ عفا شريكٌ واحدٌ عن بعضِ حقِّه سقطَ (و) كلُّه ـ كالعفوِ عن القِصَاص فإنه لا يتجزَّأ ـ؛ نظراً للمشتري.

وإن كانُوا ثلاثةً ولم يحضُرْ إلَّا واحدٌ أخذَ الكُلّ وسلَّمَ كلَّ الثَّمن؛ حذراً من التبعيض، فإذا رجعَ الثاني شاطره وملكَ عليه من وقتِ تسليمِ نصفِ الثَّمنِ إليه، وعُهدتُه عليه، وإذا جاءَ الثالث قاسَمَهما جميعاً)[٣].

الأمر الثاني: أن يطلب بعض الشركاء، ويعفو بعضهم:

ونبتدئ فيه بما إذا كانت الشفعة لواحد، فعفا عن بعض حقه، وفيه وجوه:

أصحها[٤] ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يسقط جميعه؛ لأن التبعيض[٥] لا

---

(١) قال في «البدائع» في مسألة: إذا اشترى داراً ولها شفيع فبيعت دار إلى جنب هذه الدار: لو كان الشفيع جاراً للدارين، فَيُقضى له بكل الدار الأولى، وبالنصف من الثانية، لأنه جار خاص للدار الأولى فيختص بشفعتها، وهو مع المشتري جاران للدار الثانية فيشتركان في شفعتها. «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٢).

(٢) قوله: (في المسألة) سقط من (ز).

(٣) من قوله: «وإن كانوا ثلاثة» إلى هنا سقط من (ز).(م ع).

(٤) قطع به البغوي، وهو قول ابن سريج، تغليظاً لما ظهر من حكم التسليم. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٧)، «الحاوي» (٩/ ٢٦).

(٥) في (ط الفكر): (البعض).

سبيل إليه؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، فإذا سقط بعضه، سقط كله، كالقصاص إذا عفا المستحق عن بعضه.

والثاني: لا يسقط شيء؛ لأن التبعيض قد تعذر، وليست الشفعة مما يسقط بالشبهات، فيغلب فيها جانب الثبوت، وأيضاً: فإنه لم يرض بترك حقه، وإنما عفا عن البعض؛ ليأخذ الباقي، فصار كما لو عفا عن بعض حدّ القذف.

والثالث: أنه يسقط ما عفا عنه، ويبقى الباقي؛ لأنه حقّ مالي قابل للانقسام[1]. وعن الصيدلاني: أن موضع هذا الوجه، ما إذا رضي المشتري بتبعيض الصفقة عليه، فإن أبى وقال: «خذ الكل، أو دَعِ الكل»، فله ذلك.

قال الإمام[2]: وهذه الوجوه، إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور، فإن حكمنا به فطريقان:

منهم: من قطع بأن العفو عن البعض تأخير في طلب الباقي.

ومنهم من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي، وأجرى الوجوه.

ويؤيد[3] الأول: أن صاحب «الشامل» ذكر أنه لو استحقّ شقصاً بالشفعة، فجاء، وقال: «آخذ نصفه»، سقطت شفعته في الكل؛ لأنه ترك طلب النصف.

إذا تقرر ذلك، فلو استحق الشفعة اثنان، فعفا أحدهما عن حقه، ففيه أربعة أوجه:

---

(١) قال الماوردي: «إذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة، لم يتبعض العفو». «الحاوي» (٩/ ٢٦).
وأطلق الغزالي على الوجه الثاني والثالث: أنهما «وجهان غريبان». «الوسيط» (٤/ ٩٤ - ٩٥).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣١٦-٣١٧).

(٣) في (ط الفكر): (ويدنو)، وفي (ط العلمية): (ما يؤيد).

أحدها ـ ويحكى عن ابن سريج ـ: أنه يسقط حقهما جميعاً، كما لو استحقّ اثنان القصاص، فعفا أحدهما.

والثاني: لا يسقط حقّ واحد منهما، كما ذكرنا[١] في الصورة الأولى؛ لأنه لا يسقط شيء منه[٢]، تغليباً لجانب[٣] الثبوت.

والثالث: أنه يسقط حق العافي، وليس لصاحبه إلا أن يأخذ قسطه؛ لأن العفو يقتضي استقرار العفو عنه على المشتري، كما لو عفوا جميعاً، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع.

والرابع ـ وهو الأصح[٤] ـ: أن حق العافي يسقط، ويثبت الحقّ بكماله للثاني، فإن شاء ترك الكل، وإن شاء أخذ الكل، وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو؛ لما فيه من تبعيض الصفقة على المشتري. هذا هو الوجه المذكور في الكتاب.

وقوله: (وجب على الثاني أن يأخذ الكل)، أراد به أنه إن أخذ، يأخذ[٥] الكلّ لا الحصة، لا أنه[٦] يلزمه الأخذ، هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء.

أما إذا ثبتت لواحد، فمات، وورثه اثنان، فعفا أحدهما، فهو كما لو ثبتت

---

(١) قوله: (ذكرنا) سقط من (ز).

(٢) قوله: (منه) زيادة في (ي).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فغلبنا جانب).

(٤) وقطع به الماوردي والشيرازي، والبغوي وصححه. «الحاوي» (٩/ ٤٦)، «المهذب» (١٤/ ٣٢٦)، «التهذيب» (٤/ ٣٦١).

(٥) قوله: (يأخذ) سقط من (ط العلمية).

(٦) في (ز): (لأنه)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (إلا أنه).

الشفعة لواحد، فعفا عن بعضها، أو ثبتت لاثنين، فعفا أحدهما، فيه وجهان، أظهرهما: الثاني[١].

قال الإمام[٢]: والخلاف ـ بناءً[٣] على ما سبق ـ أن الوارث يأخذ الشفعة لنفسه، أو تلقياً[٤] عن المورِّث.

واعلم أن الوجوه المذكورة شاملة لعفو الشفيع عن بعض حقه، ولعفو الشفيعين[٥] عن حقه، إلا الوجه الصائر إلى استقرار المعفو[٦] عنه على المشتري[٧]، فإنهم لم يذكروه في عفو الشفيع عن بعض حقه، فبه يحصل الافتراق، وأيضاً يفترقان في الأصح.

ولو كان للشقص شفيعان، فمات كل واحدٍ منهما عن ابنين، فعفا أحدهم؛ فإن قلنا: عفو الوارث كعفو الشفيع عن بعض حقه:

ففي وجهٍ: يسقط الكلّ.

وفي وجه: يبقى الكلّ[٨] كما كان.

---

(١) أي أن المسألة كما لو كانت الشفعة لاثنين فعفا أحدهما، يثبت الحق بكماله للآخر. وصححه البغوي. وصحح الماوردي: «أنه لا يرجع على من بقي، لأن جميعهم شفيع واحد».
وهل تبطل بعفوه شفعة الباقين؟ على وجهين. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤)، «التهذيب» (٤/ ٣٦١).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٦١).

(٣) قوله: (بناءً) سقط من (ي).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يتلقاها).

(٥) في (ط الفكر): (ولعفو أحد الشفيعين).

(٦) كذا في (ز)، وفي غيرها: (العفو).

(٧) هو الوجه الثالث القائل بالتبعيض: يسقط ما عفا عنه، ويبقى الباقي.

(٨) قوله: (يبقى الكلّ) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

وقياس الوجه الثالث في عفو الشفيع عن بعض حقه: أن يسقط حقّ العافي وأخيه، ويأخذ الآخران.

وإن قلنا: كعفو أحد شفيعي الأصل، عاد الوجه الأول والثاني.

وفيه وجه ثالث: وهو أنه ينتقل حق العافي إلى الثلاثة، فيأخذون الشقص أثلاثاً.

ووجه رابع: وهو أن حقّ العافي يستقرّ للمشتري، وكلّ واحدٍ من الثلاثة يأخذ الربع.

ويجيء في هذه الصورة وجه خامس: وهو أن حق العافي[1] ينتقل إلى أخيه خاصة، بناءً على القول القديم في مسألة الأخ والعم.

فرع:

مات الشفيع عن اثنين، فادّعى المشتري عليهما «أنهما عفوا»، فالقول قولهما مع اليمين، وتكون اليمين على البتِّ.

بخلاف ما إذا ادعى «أن أباهما عفا عن الشفعة»، فأنكرا، فإنهما يحلفان على نفي العلم، ثم إن حلفا أخذا، وإن نكلا حلف المشتري، ويبطل حقهما.

وإن حلف أحدهما دون الآخر: قال ابن الحداد: ليس للمشتري أن يحلف؛ لأنه لا يستفيد بيمينه شيئاً، فإنه وإن ثبت عفو أحدهما، ينتقل الحق إلى الثاني، وهذا جواب على أنه إذا عفا أحد الشريكين كان للآخر أن يأخذ الكل، وهو الأصح.

---

(١) من قوله: (يستقر للمشتري) إلى هنا سقط من (ز).

أما إذا قلنا: إن حق العافي يستقر على المشتري[١]، فيحلف المشتري؛ ليستقر له نصيب الناكل.

ثم الوارث الحالف، لا يستحق الكلّ بنكول أخيه، ولكن ينظر: إن صدق أخاه على أنه لم يعف، فالشفعة بينهما[٢].

وإن ادعى عليه العفو، وأنكر الناكل، عرضت عليه اليمين؛ لدعوى أخيه، ولا يمنعه من الحلف نكوله في جواب المشتري. فإن حلف، فالشفعة بينهما[٣]. وإن نكل في جوابه أيضاً، حلف المدعي على أنه عفا، وحينئذ يأخذ الكل[٤].

قال: وإن كانوا ثلاثة ولم يحضر إلا واحد، أخذ الكل، وسلم كل الثمن؛ حذراً من التبعيض، فإذا رجع الثاني شاطره، وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن[٥] إليه، وعهدته عليه، فإذا جاء الثالث قاسمهما جميعاً[٦].

الأمر الثالث: أن يحضر بعض الشركاء دون بعض، فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية، فباع أحدهم نصيبه، وثبتت الشفعة للباقين، ولم يحضر إلا واحد، فليس له أخذ حصته من الشقص؛ لأنه ربما لا يأخذ الغائبان، فتتفرق الصفقة على المشتري، ولا يكلف الصبر إلى أن يحضرا، ولكنه يتخير بين أن يأخذ الكل، أو يترك الكل[٧].

---

(١) وهو القول القائل بالتبعيض.

(٢) في (ز): (فالشفعة بينهما، وإن نكل في جوابه).

(٣) من قوله: (ولا يمنعه) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٤) مثل هذه المسألة دعوى الشركاء العفو على أحدهم. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦).

(٥) في (ط العلمية): (النصف من الثمن).

(٦) من قوله: (ولم يحضر) إلى هنا سقط من (ي).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦ - ٤٧)، «التهذيب» (٤/ ٣٦٣)، «المهذب» ص١١٨.

وهل له تأخير الأخذ[1] إلى حضور الشريكين[2]، إذا جعلنا الشفعة على الفور؟ فيه وجهان[3]:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: لا؛ لتمكنه من الأخذ[4].

وأصحهما ـ عند الشيخ أبي حامد، ويُحكى عن ابن سريج وأبي إسحاق[5] ـ: نعم؛ لأنه تأخير بالعذر؛ لأن له غرضاً[6] ظاهراً في أن لا يأخذ ما يؤخذ[7] منه[8].

وإذا أخذ الكل، ثم حضر أحد[9] الغائبين، أخذ منه النصف بنصف الثمن، كما لو لم يكن إلا شفيعان، فإذا حضر الثالث، فله أن يأخذ من كلّ واحدٍ منهما ثلث ما في يده، وحينئذ يحصل الاستواء، ويستقرّ ملكهم[10].

ثم للمسألة فروع:

منها: إذا خرج الشقص مستحقّاً بعد الترتيب المفروض، ففي العهدة وجهان:

---

(١) في (ز): (العقد).

(٢) في (ي): (الشريك).

(٣) قوله: (فيه وجهان) سقط من (ط العلمية).

جعل أبو إسحاق الشيرازي الوجهين في ما إذا قال الحاضر: «أنا آخذ بقدر مالي»، هل تسقط شفعته؟ «المهذب» (١٤/ ٣٢٦).

(٤) وبالتالي: تبطل شفعته. وهو الأظهر عند الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٧).

(٥) «الحاوي» (٩/ ٤٧)، «التهذيب» (٤/ ٣٦٣).

(٦) في (ي)، (ز): (فإن)، وفي (ط العلمية): (عوضاً).

(٧) كذا في (ي)، وفي غيرها خلل.

(٨) انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٢٦)، «التهذيب» (٤/ ٣٦٣).

(٩) في (ط العلمية): (بعض).

(١٠) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٤)، «المهذب» (١٤/ ٣٢٦).

أحدهما: أن عهدة الثلاثة على المشتري؛ لاستحقاقهم الشفعة عليه.

والثاني: أن رجوع الأول على المشتري يستردّ منه كل الثمن، ورجوع الثاني على الأول يستردّ منه النصف، ورجوع الثالث على الأولين يسترد من كل واحد[١] منهما[٢] ما دفع إليه؛ لأن التملك وتسليم الثمن في ما بينهم هكذا وقع، وهذا أظهر، وهو المذكور في الكتاب.

والعراقيون يرجحون الأول[٣].

وفي «التتمّة»: أنّ هذا الخلاف في الرّجوع بالمغروم[٤] من أجرة المثل، وما عساه ينقص من قيمة الشقص. فأما الثمن فكل منهم يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه، بلا خلاف. ولو أخذ الحاضر جميع الشقص، ثم وجد به عيباً، فرده، فقدم الثاني وهو في يد المشتري، فله أخذ الكل[٥].

ومنها: ما يستوفيه الأول من المنافع، ويحصل له من الأجرة والثمرة[٦]، يسلم له، فلا يزاحمه فيها الثاني والثالث على أصح الوجهين[٧]. وكذا الثالث لا يزاحم الثاني في ما حصل له بعد المشاطرة، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها.

ويقرب من هذين الوجهين، الخلاف في ما إذا أخذ الأول كل الشقص

---

(١) قوله: (واحد) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ط الفكر): (منها).

(٣) قال الماوردي: «وعهدة جميعهم على المشتري». «الحاوي» (٩/ ٤٧).

(٤) في (ي): (المغرور).

(٥) لأن رد الحاضر بالعيب كالعفو عن الشفعة. «الحاوي» (٩/ ٥٠).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الثمن).

(٧) لأنها حدثت في ملك الحاضر. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٤)، «المهذب» (١٤/ ٣٢٦).

وأفرزه بأن أتى الحاكم، فنصب قيماً[1] في مال الغائبين، فاقتسما، وبنى فيه، أو غرس، ثم رجع الغائبان، هل لهما القلع؟

وأصح الوجهين: أنهما لا يقلعان[2]، كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري، وغراسه، مجاناً.

وفي الثاني: لهما القلع؛ لأنهما يستحقان مثل استحقاق الأول، وبذلك السبب، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما فيه[3]، بخلاف الشفيع مع المشتري.

ولو كان اثنان حاضرين، فأخذا الشقص، واقتسما مع القيم في مال الغائب، ثم قدم الغائب، فله الأخذ وإبطال القسمة، وإن عفا استمرّت القسمة[4].

ومنها: لو أخذ الأول والثاني كما صورنا، ثم حضر الثالث، وأراد أن يأخذ من أحدهما[5] ثلث ما في يده، ولا يأخذ من الثاني شيئاً، فله ذلك[6]، كما يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين دون الثاني.

ومنها: لو أخذ الأول الكلّ، وقدم الثاني، فأراد أن يأخذ الثلث بلا مزيد، هل له ذلك؟ فيه وجهان[7]:

أحدهما: لا يجوز له ذلك[8]، كما لا يجوز للأول أن يقتصر على أخذ الثلث.

---

(١) قوله: (قيماً) سقط من (ي).

(٢) «لأنه غرس وبنى في ملكه». «التهذيب» (٤/ ٣٦٤).

(٣) قوله: (فيه) سقط من (ط الفكر) و(ط العلمية).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٤).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أحدهم).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦).

(٧) لم يرجح أحدهما البغوي. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٤).

(٨) قوله: (يجوز له ذلك) سقط من (ي)، (ز).

وأظهرهما: نعم؛ لأن أخذه الثلث لا يفرِّق الحقّ على الأول؛ إذ الحقّ ثبت لهم أثلاثاً، وأخذُ الأول الثلث يُفرِّقُ الصفقة على المشتري[١].

فإن أخذ الثلث تفريعاً على هذا الوجه، أو أخذه بالتراضي، ثم قدم الثالث، نظر: إن أخذ من الأول نصف ما في يده، ولم يتعرض للثاني، فلا كلام[٢]. قاله في «التتمّة».

وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فله ذلك؛ لأنه يقول: «ما من جزء إلّا ولِي منه[٣] ثلثه، وإن ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الأول، فلا يلزمني أن أترك حقي».

ثم له أن يجيء إلى الأول، فيقول: «ضُمَّ ما معك إلى ما أخذته، لنقسمه نصفين[٤]؛ لأنا متساويا القدر والشقص». والحالة هذه، إنما تصح قسمته من ثمانية عشر؛ لأنا نحتاج إلى عدد له ثلث، ولثلثه ثلث، أقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني، وستة في يد الأول.

ثم ينتزع الثالث من يد الثاني واحداً ويضمه إلى الستة في يد الأول تكون سبعة يقتسمانها بينهما. وسبعة لا تنقسم على اثنين، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، وكان في يد الثاني من التسعة ـ بعد انتزاع الثالث منه[٥] ما انتزع ـ اثنان، نضربهما في المضروب في المسألة يكون[٦] أربعة فهي حصته.

---

(١) «وليس للأول صفقة تفرّق عليه، وإنما هو عفو عن بعض ما استحق له». «الحاوي» (٩/ ٤٧).

(٢) لأن ما صار للأول: ثلثان، ونصفه ثلث، فيصير الشقص بينهم أثلاثاً، لأنهم في الشفعة سواء، وحينئذ لا يكون للعفو الثاني أثر غير تأخير حق الثالث على الحاضر. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨).

(٣) قوله: (منه) زيادة في (ز).

(٤) قوله: (نصفين) سقط من (ط الفكر).

(٥) قوله: (منه) سقط من (ي).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يكون له).

تبقى أربعة عشر، يأخذ كل واحد من الأول والثالث منها[1] سبعة[2].

فإذا كان ربع الدار ثمانية عشر، كانت جملتها اثنين وسبعين. هذا ما ذكره الأكثرون، ونقلوه عن ابن سريج[3].

وحكى الإمام[4] عن القاضي الحسين: أنه لما ترك الثاني سدساً على الأول[5]، كان عافياً عن بعض الحقّ، والشفيع إذا عفا عن بعض حقه[6] يبطل جميعه على الظاهر كما سبق، فينبغي أن يسقط حق الثاني بالكلية، ويكون الشقص بين الأول والثالث.

---

(١) (منها): في (ز)، وفي غيرها: (منهما).

(٢) انظر «التهذيب» (٤/ ٣٦٤).

وصورة المسألة حسابياً:

نصيب الثاني $\frac{١}{٣}$ فيبقى للأول $\frac{٢}{٣}$

للثالث $\frac{١}{٣}$ نصيب الثاني، أي $\frac{١}{٣} \times \frac{١}{٣} = \frac{١}{٩}$

ويبقى للثاني $\frac{١}{٣} - \frac{١}{٩} = \frac{١}{٩}$

يُضاف لنصيب الأول $\frac{١}{٩} + \frac{٢}{٣} = \frac{١}{٩} + \frac{٦}{٩} = \frac{٧}{٩}$

لكل من الثالث والأول نصفه.

ولأنه لا يقبل القسمة على ٢، يُضرب الكسر في ٢

أي $\frac{٧}{٩} + \frac{٢}{٢} = \frac{١٤}{١٨}$

وكذا نصيب الثاني يضرب × ٢ فيكون $\frac{٢}{٩} + \frac{٢}{٢} = \frac{٤}{١٨}$

إذاً: الشقص المشفوع مقسوم إلى (١٨ سهماً): للأول (٧ أسهم)، وكذا للثالث (٧ أسهم)، وللثاني (٤ أسهم).

وقال الماوردي: «الصحيح: أن يكون الشقص بينهم على تسعة أسهم، سهمان للعافي، وثلاثة أسهم للآخر، وأربعة أسهم للمعفو عنه». «الحاوي» (٩/ ٤٨).

(٣) «الحاوي» (٩/ ٤٨).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٦٦).

(٥) لأنه أخذ ثلث ما أخذه الأول، وترك الباقي من النصف وهو السدس.

(٦) من قوله: (والشفيع) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

ومنها: قال ابن الصباغ: لو حضر اثنان، وأخذا الشقص، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب، فإن قضى له القاضي على الغائب، أخذ من[1] كلّ واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في يده، وإلا فوجهان:

أحدهما: أنه يأخذ من الحاضر ثلث ما في يده[2]؛ لأنه الذي يستحقه منه.

والثاني: يأخذ نصف ما في يده؛ لأنه إذا غاب أحدهما، فكان الحاضران هما[3] الشفيعان، فيسوّى بينهما[4].

ثم لو حضر الغائب، وقد غاب الحاضر، فإن كان الثالث[5] أخذ من الحاضر ثلث ما في يده[6]، أخذ من هذا الذي قدم ثلث ما في يده أيضاً، وإن كان قد أخذ نصف ما في يده، أخذ من القادم سدس ما في يده، ويتم نصيبه بذلك.

والشقص في المسألة[7] يقسم من اثني عشر؛ للحاجة إلى عددٍ له نصف، ولنصفه ثلث ونصف[8] سدس.

وإذا كان الربع اثني عشر فالكل ثمانية وأربعون[9].

ومنها: ثبتت الشفعة لحاضر وغائب، فعفا الحاضر، ثم مات الغائب وورثه

---

(١) قوله: (من) سقط من (ي).

(٢) من قوله: (وإلا فوجهان) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٣) قوله: (هما) سقط من (ي)، (ز).

(٤) اقتصر على هذا الوجه، الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٩٤).

(٥) في (ط العلمية): (الثالث قد).

(٦) من قوله: (أخذ من) إلى هنا سقط من (ي).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ويتم نصيبه بذلك الشقص، والمسألة).

(٨) قوله: (نصف) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٩) ذكر الماوردي هنا أربعة أحوال تتم بناء عليها قسمة الشفعة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٩٤ - ٩٥).

الحاضر، له أخذ الشقص بالشفعة وإن عفا أولاً؛ لأنه الآن يأخذ بحق الإرث[1]، وهذا جواب على أصح الأوجه في عفو أحد الشريكين، وهو أن للآخر أخذ الكل، ويساعده التفريع على أن العفو من بعض الشركاء لا يصح.

أما إذا قلنا: إن نصيب العافي يستقر على المشتري، فلا يأخذ الحاضر بحق الإرث إلا النصف. وإن قلنا: إن عفو أحدهما يسقط حق الآخر أيضاً[2]، لم يأخذ شيئاً.

قال:

(ومهما تعدَّدَ البائعُ أو المشتري جازَ أخذُ مضمونِ إحدى الصَّفقتين. وإن اشترى في صفقةٍ واحدةٍ شِقصَينِ في دارَينِ شريكُهما واحدٌ ففي جوازِ أخذِ أحدِهما وجهان).

أصل الفصل: أنه ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري على ما مرَّ في أثناء الكلام، ولو اشترى اثنان شقصاً من واحدٍ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة؛ لأنه لا يفرِّق على واحدٍ منهما ملكه[3].

وعن أبي حنيفة[4]: لا يجوز إن كان ذلك قبل القبض.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٦٥).

(٢) قوله: (أيضاً) سقط من (ظ الفكر).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٨١)، «التهذيب» (٤/ ٣٥٨).

قال الـمُـزَنيّ: «وكذلك لو اشترى رجلان من رجل شقصاً، كان للشفيع أن يأخذ حصة أيهما شاء». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(٤) هذه رواية عند الحنفية: أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل.

وفي ظاهر الرواية عندهم: أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين، لكنه لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر، كي لا يتفرق القبض. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٥)، «الهداية» (٩/ ٤٢٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٤٦).

وإن تعدد البائع بأن باع اثنان من شركاء الدار شقصاً من واحد فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز أخذ حصة أحد البائعين؛ لأن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة، فلا يفرق ملكه عليه، وبهذا قال مالك[١].

وأصحهما ـ ويُحكى عن نصه في القديم، وبه أجاب الـمُـزَنيّ[٢] ـ: أنه يجوز؛ لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد، كتعدد المشتري، فصار كما لو ملكه بعقدين.

ولو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقدٍ واحدٍ من رجلين، فالصفقة نازلة منزلة أربعة عقود تفريعاً على الأصح في أن تعدد البائع كتعدد المشتري، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الجميع، وبين أن يأخذ ثلاثة أرباع المبيع وهو نصيب أحد المشترين، ونصف نصيب الآخر، وبين أن يأخذ نصفه إما بأخذ نصيب أحدهما وترك الآخر، أو بأخذ نصف نصيب كل[٣] واحد منهما، وبين أن يأخذ ربعه بأخذ نصف نصيب أحدهما لا غير.

وإن وكل وكيلين في بيع شقص، أو شرائه، أو وكَّلا[٤] وكيلًا في بيع شقص، أو شرائـه، فالاعتبار بالعاقد، أو بمن له العقد[٥]؟ فيه خلاف قد ذكرناه في تفريق الصفقة[٦].

---

(١) «المدونة الكبرى» (٤/ ٢١٤)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٢٧)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٩). وعند المالكية: لو رضي المشتري بالتبعيض فللشفيع ذلك.

(٢) قال الـمُـزَنيّ: «ولو أن رجلين باعا من رجل شقصاً، فقال الشفيع: «أنا آخذ ما باع فلان وأدع حصة فلان»، فذلك له في القياس قوله». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(٣) قوله: (كل) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ط العلمية): (وكل).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو من له اليد).

(٦) الخلاف في الاعتبار بالعاقد أو المعقود له في تعدد العقد واتحاده على أربعة أوجه: الأول: الاعتبار =

حتى لو كانت الدار لثلاثة شركاء، فوكل أحدهم آخر[١] ببيع نصيبه، وجوّز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، فليس للثالث إذا جعلنا الاعتبار بالعاقد إلا أخذ الكل، أو ترك الكل[٢].

فإن جعلنا الاعتبار بالمعقود، فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر[٣]، كما لو باع كل منهما[٤] حصته بنفسه.

ولو كانت الدار لرجلين، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه، إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك، وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق ما بقي له من النصف، فله ذلك[٥]؛ لأن الصفقة اشتملت على ما لا تثبت شفعة الموكل فيه وهو ملكه، وعلى ما تثبت وهو ملك الغير، فشبه ذلك بما إذا باع ثوباً وشقصاً بمئة.

وفيه وجه: أنه كالصورة السابقة.

ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة، فإن كان الشفيع في أحدهما غير

= بالعاقد. الثاني: الاعتبار بالمعقود له. الثالث: الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له، وفي طرف الشراء بالعاقد.

الرابع: الاعتبار في جانب الشراء بالموكل، وفي البيع بهما جميعاً. انظر: «فتح العزيز» (٦/ ١٠٢-١٠٣).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (توكل أحدهم لآخر).

(٢) «لأن البائع واحد». «الحاوي» (٩/ ٥١).

(٣) قوله: (دون الآخر) زيادة من (ي) و(ز).

(٤) في (ي): (كل واحد منهما).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٥١).

الشفيع في الآخر[١]، فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه، وافقه الآخر في الأخذ أم لا.

وإن كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان[٢]:

أحدهما ـ ويروى عن أبي حنيفة[٣] ـ: أنه لا يجوز؛ لأن الصفقة متحدة[٤].

وأصحهما: الجواز؛ لأنه لا يفضي إلى تبعيض الشيء الواحد[٥] وذلك التبعيض هو الذي يوجب الضرر.

* * *

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الأخرى).

(٢) لم يرجح أياً منهما البغوي. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٨ - ٣٥٩).

(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٤٦).

(٤) ورجحه الماوردي، حيث قال: «وهو الأظهر من المذهب». «الحاوي» (٩/ ٧٣).

(٥) قوله: (الواحد) سقط من (ط الفكر).

قال رحمه الله:

(الباب الثالث: في ما يَسقُطُ به حقُّ الشُّفعة

وفيه ثلاثةُ أقوال؛ الأوَّل الجديد: أنه على الفور (م)؛ قال ﷺ: «الشُّفعةُ كحَلِّ العِقال»[١]، والثاني: أنه يبْقى ثلاثَةَ أيّام، والثالث: أنه يتأبَّدُ فلا يبطُلُ إلَّا بإبطالٍ أو دَلالةِ الإبطال (و).).

لا شك أن حقّ الشفعة يعرض له السقوط، ومقصود الباب: بيان أنه بم يسقط؟ وسبيل التدرج[٢] إليه: أن قول الشافعي رضي الله عنه اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراخي؟

وأصح القولين ـ وهو المنصوص في الكتب الجديدة ـ: أنه على الفور؛ لما روي أنه ﷺ قال: «الشُّفْعةُ كحَلِّ العِقَالِ»[٣]، أي: أنها تفوت إذا لم يُبْتَدَرْ[٤] إليها،

---

(١) أخرجه ابن ماجَهْ في كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة (٢/ ٨٣٥) (٢٥٠٠). وأخرجه البيهقي بزيادة في كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة (٦/ ١٠٨). وكذا أخرجه ابن عدي بسنده (٦/ ٢١٨٨)، وفي إسناده محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني. قال ابن عدي: «كل ما روي عن ابن البيلماني فالبلاء فيه من ابن البيلماني، وإذا روى عن ابن البيلماني، محمد بن الحارث هذا، فجميعاً ضعيفان». «الكامل في ضعفاء الرجال» (٦/ ٢١٨٩). وقال البيهقي: «محمد بن الحارث البصري متروك، ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني ضعيف، ضعفهما يحي بن معين وغيره من أئمة أهل الحديث». «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٨). وذكر ابن حجر: أن البزار أخرجه أيضاً، وإسناده ضعيف جداً. انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٦) (١٢٧٨). والعقال: ما يُشد به البعير، وجمعه عُـقُل. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب اللام (٨/ ٣٠) (عقل).

(٢) في (ط الفكر): (التدريج).

(٣) تقدم تخريجه آنفاً.

(٤) يبتدر: يقال: بدرت إلى الشيء أبدُر بُدُوراً، أسرعت إليه. وتبادر القوم: تسارعوا. انظر: «الصحاح» باب الراء، فصل الباء (٢/ ٥٨٦) (بدر).

كالبعير الشرود[١] يحل عنه العقال. ويروى أنه ﷺ قال: «الشُّفْعَةُ لِـمَن واثَبَها»[٢]، وروي: «الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ[٣] العِقالِ[٤]، إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ، وإلَّا فاللَّومُ على من تركَها»[٥].

---

(١) الشرود: يقال: شرد البعير شروداً وشِراداً، أي نفر، فهو شارد وشَرود. انظر: «الصحاح» باب الدال، فصل الشين (٢/ ٤٩٤) (شرد).

(٢) قال الزيلعي: «قلت: غريب». «نصب الراية» (٤/ ١٧٦).

وأخرجه (الصنعاني، عبد الرزاق بن همام) في «مصنفه» من قول شريح، وقال: «وهو قول معمر»، كتاب البيوع، باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها؟ (٨/ ٨٣) (١٤٤٠٦) (الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، المكتب الاسلامي، بيروت).

واثبها: يقال: وثب وثباً أي قفز، وواثبته بمعنى ساورته من الوثوب، والعامة تستعمله بمعنى المبادرة والمسارعة. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٤٧) (وثب).

(٣) نشطة: يقال: أنشَطْتُ العقال أي حللته، وأنشطت البعير من عقاله أي أطلقته. وأصله من نشط أي خف وأسرع.

وقوله: «الشفعة كنشطة عقال»: تشبيه لها بذلك في سرعة بطلانها بالتأخير. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٠٦) (نشط).

(٤) من قوله: (ويروى) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٥) قال ابن حجر: «هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد، وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ: «الشفعة كحل العقال، فإن قيدها مكانه ثبت حقه، وإلا فاللوم عليه»، ذكره عبد الحق في «الأحكام» عنه، وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في «المحلى»». «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٦ - ٥٧).

قال ابن حزم: «إن بعض المموهين نزع بقول مكذوب موضوع مضاف إلى رسول الله ﷺ: «الشفعة كنشطة عقال»، و«الشفعة لمن واثبها»، وهذا خبر رويناه من طريق البزار، قال: نا محمد بن المثنى نا محمد بن الحارث، نا محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لغائب ولا لصغير، والشفعة كحل العقال، من مثل بمملوكه فهو حر وهو مولى الله ورسوله، والناس على شروطهم ما وافقوا الحق». (ابن حزم، علي بن أحمد) «المحلى» (٩/ ٩١) (تحقيق: أحمد شاكر، دار التراث، القاهرة).

وأيضاً: فإنه حق خيار ثبت في البيع بنفسه[١] لدفع الضرر، فكان على الفور كالردّ بالعيب[٢].

والثاني: أنه على التراخي. وعلى هذا، ففي تقدير مدته قولان:

أظهرهما: التقدر[٣]، وفي ضبطها قولان:

أظهرهما: أنه يمتد إلى ثلاثة أيام؛ لأن الحكم بالفور يضر بالشفيع، فإنه قد يحتاج إلى تأمل ونظر، والحكم بالتأبيد يضر بالمشتري؛ لأنه لا يأمن من[٤] أخذ الشفيع، فتعوق[٥] عليه العمارة والتصرف، فلا بد من حدٍّ فاصل، فجعلت الثلاثة حدّاً كما في خيار الشرط[٦] وغيره[٧].

والثاني ـ عن حكاية صاحب «التقريب» ـ: أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك[٨] ذلك الشقص، ويختلف باختلاف حال المأخوذ.

---

(١) قوله: (بنفسه) سقط من (ز).

(٢) كما أن «في استدامتها إدخال ضرر على المشتري مستديماً، إذْ ليس يعلم بقاء ملكه فيتصرف، ولا زال ملكه فيطالب بالثمن». «الحاوي» (٩/ ٢٠ - ٢١).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (التقدير).

(٤) قوله: (من) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فتفوت).

تعوق: يقال: عاقه عَوْقاً واعتاقه وعوّقه، بمعنى منعه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٣٨) (عاقه).

(٦) انظر ما سلف (٦/ ١٢٢).

وخيار الشرط مقدر بثلاثة أيام عند بعضهم، لقوله ﷺ: «بايع وقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار ثلاثاً». أخرجه (الحميدي، أبو بكر عبد الله بن الزبير) في «مسنده» أحاديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (٢/ ٢٩٢ - ٢٩٣) (٦٦٢)، (تحقيق الأستاذ حبيب الرحمن الأعظمي)، (المكتبة السلفية، المدينة المنورة). انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٢١) (١١٨٧).

(٧) قال الشافعي عن التقدير بثلاثة أيام هنا: «وهذا استحسان وليس بأصل». «الحاوي» (٩/ ٢٠).

(٨) في (ز): (في مثل).

والثاني: أنه لا تتقدر له مدة، بل يتأبد؛ لأنه لا ضرر على المشتري في التأخير إذ الشقص له، وإن بنى فيه أو غرس فله قيمته إن أخذه الشفيع، وما لا ضرر في تأخيره يتأبد كالقصاص.

فعلى هذا، لو صرَّح بإبطاله يبطل، وفي ما يدل على الإبطال قولان، أظهرهما: البطلان، وهو المذكور في الكتاب[١].

ومما له دلالة الإبطال: قوله للمشتري: «بع الشقص ممن شئت» أو «هبه»، ولو قال: «بعنيه»، أو «هبه مني»، أو «قاسمني عليه» فكذلك[٢].

وفيه وجه: أنه لا يبطل به[٣] بقاء[٤] الشفعة؛ لأنه قد يحاول الأخذ بغير طريق الشفعة إن تيسر له، وللمشتري إذا لم يأخذ الشفيع ولم يعفُ، أن يرفعه إلى الحاكم؛ ليلزمه الأخذ أو العفو. وفيه قول: أنه ليس له ذلك؛ تنزيلاً للشفيع منزلة مستحق القصاص.

ويخرج من الترتيب المذكور[٥] عند الاختصار خمسة أقوال في كيفية ثبوت الشفعة: أنها على الفور، تمتد ثلاثة أيام، تمتد مدة تسع للتأمل، تتأبد إلى التصريح بالإبطال، تتأبد إلى أن يصرح بالإبطال، أو يأتي بما[٦] يدل عليه.

---

(١) قوله: (في الكتاب) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٢) ذكر الماوردي أن هذه الألفاظ (ومثلها أن يستأجره منه أو يساقيه عليه) هي ألفاظ تعريض في العفو. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩ - ٢٠).

(٣) قوله: (به) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٤) قوله: (بقاء) سقط (ز).

(٥) قوله: (المذكور) سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ز): (بالإبطال وما).

وعند أبي حنيفة[١] وأحمد[٢]: أنها تمتد امتداد مجلس العلم[٣] بالشفعة.

وعند مالك[٤]: تمتد سنة في رواية، ومدة يغلب على الظن فيها الإسقاط والترك في الأخرى.

قال:

(والصَّحيح: أنه على الفوْرِ، وأنّه يسقُطُ بكلِّ ما يُعَدُّ تقصيراً أو توانياً في الطَّلَب؛ فإذا بلَغَهُ الخبرُ فَلْيَنهَضْ عن مكانه طالباً.

فإنْ كانَ ممنوعاً بمرضٍ أو حبسٍ في باطلٍ فليُوكِّل، فإنْ لم يُوَكِّلْ مع القدرةِ بطلَ حقُّه (و) إن[٥] لم يكن في التّوكيلِ مَؤونةٌ ومِنّةٌ ثقيلة. فإن لم يجِدِ الوكيلَ فلْيُشهِد، فإن تركَ الإشهادَ ففي بطلانِ حقِّه قولان. وإن كانَ المشتري غائباً ولم يجدْ في الحالِ رُفقةً وثيقةً لا يَبطُلُ حقُّه. وإن كانَ في حمَّامٍ أو على طعامٍ أو في صلاةٍ نافلةٍ لم يَلزمْه (و) قطعُها على خلافِ العادة).

---

(١) هذه رواية عن محمّد: أن طلب الشفعة على المجلس، كخيار المخيرة وخيار القبول، ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر. ورجح الكرخي هذه الرواية.
أما في رواية الأصل: أن شرط الطلب أن يكون على فور العلم بالبيع، إذا كان قادراً عليه، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة. هذا في طلب المواثبة. وكذا طلب التقرير يكون على فور الطلب الأول. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧ - ١٨)، «الهداية» (٩/ ٣٨٢ - ٣٨٤)، «المبسوط» (١٤/ ١١٦ - ١١٧).

(٢) هذه رواية عن الإمام أحمد: أن له طلبها في المجلس وإن طال، واختارها ابن حامد.
والصحيح من المذهب والمشهور عنه: أنها على الفور ساعة يعلم. انظر: «الكافي» (٢/ ٤١٩)، «الإنصاف» (٦/ ٢٦٠ - ٢٦١).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المجلس للعلم).

(٤) انظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٣٢١)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٤ - ٤٨٥).

(٥) في (ط الفكر): (وإن).

إنما أعـاد ذكـر قول[١] الفور، فقال: (والصحيح أنه على الفور)، لأنه أراد التفريع عليه.

واعلم أنا إنما نحكم[٢] بالفور بعد علم الشفيع بالبيع، أما إذا لم يعلم حتى مضت سنون، فهو على حقه[٣].

ثم إذا علم فلا يكلف ابتداراً على خلاف العادة بالعدو ونحوه[٤]، بل يرجع فيه إلى العرف، فما يُعد تقصيراً أو توانياً في الطلب يسقط الشفعة، وما لا يُعد تقصيراً لاقتران عذر به لا يسقطها.

والأعذار ضربان:

أحدهما: ما لا ينتظر زواله عن قرب، كالمرض المانع من المطالبة، فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر عليه، وإن لم يفعل فثلاثة أوجه[٥]:

أصحها[٦]: بطلان الشفعة، كما لو أمكنه الطلب بنفسه فقصر.

والثاني ـ وبه قال أبو علي الطبري ـ: لا يبطل؛ لأنه يلزمه في التوكيل منة أو مؤونة.

---

(١) قوله: (قول) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) في (ز): (إنما لم نحكم).

(٣) «كالمشتري إذا لم يعلم بعيب ما اشترى، كان على حقه من الرد إذا علم». «الحاوي» (٩/ ١٩).

(٤) في (ي)، (ط الفكر): (بالعدد بقوة).

(٥) هـذه الأوجـه مبنيـة عـلى: أن التوكيـل هل يـكون واجـباً عليه في هذه الحالة؟ انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣).

(٦) «وهو قول أبي حامد المروزي» «الحاوي» (٩/ ٢٣).

والثالث: إن لم يلزمه فيه منة ولا مؤونة ثقيلة يبطل حقه، وإن لزمه أحدهما لم يبطل.

وإن لم يمكنه التوكيل، فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد فقولان، أو وجهان:

أظهرهما: أنه يبطل حقه؛ لأن السكوت مع التمكن من الإشهاد مشعر بالرّضا.

والثاني: لا يبطل، وإنما الإشهاد لإثبات الطلب عند الحاجة، وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمّد[(١)].

والخوف من العدوّ كالمرض، وكذا الحبس إن كان ظلماً أو بدين وهو معسر به، وعاجز عن بينة الإعسار.

فإن حبس بحق، فإن كان مليئاً فهو غير معذور، بل عليه الأداء والخروج[(٢)].
ومن هذا الضرب: الغَيبة[(٣)]، فإذا كان المشتري في بلدة، والشفيع في غيرها، فعلى الشفيع أن يخرج طالباً كما بلغه الخبر، أو يبعث وكيلاً، إلا أن يكون الطريق مخوفاً[(٤)]، فيجوز التأخير إلى أن يجد رفْقَةً[(٥)] وثيقة يصحبها هو أو وكيله، أو يزول الحَرّ المفرط، أو البرد المفرط. فإذا أخّر لذلك، أو لم يمكنه المسير بنفسه، ولا وجد وكيلاً، فليُشهد على الطلب، فإن لم يُشهد ففي بطلان حقه الخلاف السابق.

---

(١) قال الماوردي: «وهو ظاهر نصه هاهنا، أن الإشهاد ليس بواجب». انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥١).

(٣) في (ط العلمية): (غنية).

(٤) مَخُوف: يقال: خِفت الأمر فهو مَخُوف، يقال طريق مخوف، لأن الناس خافوا فيه. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٨٤) (خاف).

(٥) الرفقة ـ بضم الراء وكسرها ـ: وهي الجماعة ترافقهم في سفرك، والجمع رفاق. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٣٣ - ٢٣٤) (رفقت).

وأجري ذلك في وجوب الإشهاد إذا سار في الحال، والظاهر هاهنا[١]: أنه لا يجب، ولا تبطل الشفعة بتركه، كما لو أنفذ وكيلاً ولم يشهد يكتفى فيه بذلك. وليطرد في ما إذا كان حاضراً في البلد، فخرج إليه، أو إلى مجلس الحكم، كما سبق في الرد بالعيب.

والضرب الثاني: ما ينتظر زواله عن قريب، بأن كان مشغولاً بطعام أو صلاة، أو قضاء حاجة، أو في حمّام، فله الإتمام ولا يكلف قطعها على خلاف المعهود[٢].

وفيه وجه: أن عليه قطعها، حتى الصلاة إذا كانت نافلة، وعلى الصحيح[٣] لو دخل وقت الأكل أو الصلاة، أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدمها، فإذا فرغ طالَبَ بالشفعة، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على أقلّ ما يجزئ.

ولو رفع الشفيع الأمر إلى الحاكم، وترك مطالبة المشتري مع حضوره، جاز، وقد ذكرناه في الردّ بالعيب[٤].

ولو أشهد على الطلب، ولم يراجع المشتري ولا[٥] الحاكم لم يكلف، خلافاً لأبي حنيفة[٦].

---

(١) قوله: (ها هنا) سقط من (ي).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢١).

(٣) قوله: (على الصحيح) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٤) قال الرافعي: «لو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم، فهو زيادة توكيد». انظر: «فتح العزيز» (٦/ ١٩٨).

وقال البغوي: «لأنه يطلب الحق من معرفة». «التهذيب» (٤/ ٣٥٢).

(٥) قوله: (لا) زيادة في (ز).

(٦) وهذا عندهم، لأن الشفعة تثبت بطلب المواثبة، وتستقر بطلب التقرير، وهو أن يشهد على البائع ـ إن كان المبيع في يده ـ أو على المبتاع أو عند العقار: «بأنه يريد الشفعة». =

وإن كان المشتري غائباً: فالقياس أن يرفع الأمر إلى الحاكم، ويأخذ كما ذكرنا هناك، وإذا ألزمناه الإشهاد فلم يقدر عليه، فهل يؤمر أن يقول: «تملكت الشقص؟»، فيه وجهان، مرَّ نظائرهما في الردّ بالعيب(١).

وإذا تلاقيا في غير بلد الشقص، فأخر الشفيع إلى العود إليه، بطل حقه؛ لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص(٢).

وقوله في الكتاب: (فإذا بلغه الخبر)، أي خبر من يعتمد. قوله: (فلينهض عن مكانه طالباً)، أي: إما بنفسه أو بنائبه.

وقوله: (فإن لم يوكّل مع القدرة بطل حقّه)، معلم بالواو. وكذا قوله: (لم يلزمه قطعها).

قال:

(ولو أُخبِرَ ثُمَّ قال: «لم أُصدِّقِ المخبِر»؛ فإنْ أخبرَه من تُقبَلُ شهادتُه بطلَ حقُّه، وإنِ أخبرَهُ من لا تُقبَلُ رِوايتُه(٣) ـ كفاسقٍ وصبيّ ـ فلا يبطل. وإن أخبرَه عدلٌ واحدٌ أو عبدٌ تُقبلُ روايتُه؛ فالأظهر: (و) أنّه يبطُلُ حقُّه.

= أما الإشهاد على طلب المواثبة، فليس بشرط لصحته، وإنما هو للإظهار عند الخصومة على تقدير الإنكار.
أما طلب الخصومة والتملك ويكون عند القاضي: يجوز تأخيره عند أبي حنيفة. وعند محمد له تأخيره إلى شهر. وعند أبي يوسف لو ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧ - ١٩)، «الهداية» (٩/ ٣٨٤ - ٣٨٥)، «المبسوط» (١٤/ ١١٧ - ١١٨).

(١) أصحهما: أنه لا حاجة إليه. انظر ما سلف (٦/ ١٩٩).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥).

(٣) في (ز): (شهادته).

وإن كذَّبَ المخبِرَ في مقدارِ الثَّمن، أو تعيينِ المشتري، أو جنس (و ح) الثَّمن، أو قدرِ الـمَبيع فتركَ الـمَبيع[١]: لم يبطُلْ حقُّه؛ لأنّ له غرضاً. وإن أُخبَرِ بأنّ الثَّمنَ ألفٌ فإذا هو ألفانِ لم يكنْ له الرُّجوع؛ إذ لا غرضَ فيه.

وإذا لقيَ الـمشتريَ فقال: «السَّلامُ عليكم» لم يبطُلْ حقُّه. ولو قال: «بكم اشتريت؟» ففيه تردُّد، وكذا في قوله: «باركَ اللهُ لك في صفقةِ يمينِك». ولو قال: «اشتريتَ رخيصاً، وأنا طالب»، بطلَ حقُّه؛ لأنّه فضولٌ منْ غيرِ غرض).

الفصل يشتمل على صور:

إحداها: إذا أخر الطلب، ثم قال: «إنما أخرت؛ لأني لم أصدق المخبر عنه[٢]»، نظر: إن أخبره عدلان يبطل حقه؛ لأن شهادتهما مقبولة[٣]، فكان من حقه أن يعتمد قولهما، ويثق به، وكذا لو أخبره رجل وامرأتان. وإن أخبره من لا تقبل روايته، كالكافر والفاسق والصبي، لم يبطل حقه. وإن أخبره عدلٌ واحد حرٌّ أو عبدٌ، فوجهان:

أحدهما: لا يبطل حقه؛ لأن الحجة لا تقوم بالواحد، وهو رواية عن أبي حنيفة[٤]، ذكره في «التتمة»[٥].

---

(١) في (ز): (وتركه).

(٢) قوله: (عنه) زيادة في (ط العلمية).

(٣) «والحقوق تثبت بقولهما». «التهذيب» (٤/ ٣٥٢). انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٢٤).

(٤) الذي عند أبي حنيفة: أنه يشترط أحد أمرين: إما العدد في المخبر رجلان أو رجل وامرأتان، وإما العدالة. وعند أبي يوسف ومحمد: لا يشترط العدد ولا العدالة إذا ظهر كون الخبر صدقاً. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧)، (٦/ ٣٧)، «الهداية» (٩/ ٣٨٣ - ٣٨٤).

(٥) وكذا قال في «الحاوي» (٩/ ٢٥): «قال أبو حنيفة: لا يصير عالماً إلا بالبينة العادلة، لأن الحق لا يثبت إلا بها».

وأظهرهما: البطلان؛ لأنه إخبار، وإخبارهم مقبول[١].

وفي «النهاية»[٢]: أنهم ألحقوا العبد بالفاسق؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، والمرأة الواحدة كالعبد حتى يجيء فيها الوجهان[٣].

وقطع بعضهم: بأن إخبارها لا يبطل حقّه. وعلى هذا، فلو أخبره نسوة، قال أبو سعيد المتولي: ينبني على أن المدعي إذا أقام امرأتين هل يقضى بيمينه معهما؟ إن قلنا: لا، فإخبارهما[٤] كإخبار المرأة الواحدة. وإن قلنا: نعم، فكالعدل الواحد.

وهذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حداً لا يحتمل التواطؤ على الكذب، فإن بلغه وأخر، بطل حقه، وإن كانوا فساقاً.

الثانية: لو كذب[٥] المخبر، فزاد في قدر[٦] الثمن، بأن قال: «باع الشريك نصيبه بألف»، فعفا الشفيع، أو توانى، ثم بان أن البيع بخمسمئة: لم يبطل حقه.

ولو كذب[٧] بالنقصان، فقال: «باع بألف» فعفا، ثم بان أنه باع بألفين، بطل حقه؛ لأنه إذا لم يرغب فيه بألف، فبألفين أولى[٨].

---

(١) قال الماوردي: «وكل خبر وقع في نفسه صدقه، ولو من امرأة أو عبد أو كافر». «الحاوي» (٩/ ٢٤ - ٢٥).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٢٦).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٢).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإخبارهن).

(٥) كذا في (ي)، وفي غيرها: (كذبه).

(٦) قوله: (قدر) سقط من (ز).

(٧) في (ز): (كذبه).

(٨) قال الماوردي: «لأن من كرهها بالألف، كان بأكثر منها أكره». «الحاوي» (٩/ ٢٧). انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٣)، «المهذب» (١٤/ ٣٢٥).

ولو كذب في: تعيين المشتري بأن قال: «باعه من زيد» فعفا[١] ثم بان أنه باعه من غيره، أو قال المشتري: «اشتريت لنفسي» ثم بان أنه كان وكيلاً، أو في جنس الثمن بأن قال: «باع بالدراهم» فبان أنه باع بالدنانير، أو في نوعه بأن قال: «باع بالنيسابورية» فبان أنه باع بالهروية[٢]، أو في قدر المبيع بأن قال: «باع كل نصيبه»، فبان أنه[٣] بعضه، أو بالعكس: لم يبطل حقه؛ لأنه ربما يرضى بشركة زيد[٤] دون غيره[٥]، وقد يجد الدنانير دون الدراهم، أو يرغب في الكل دون البعض، وبالعكس[٦].

وكذا لو قال: «باعه من فلان» فعفا ثم بان أنه باع منه[٧] ومن غيره، أو قال: «باعه من رجلين» فبان أنه باعه من أحدهما، أو قال: «باعه بكذا حالًّا» فبان أنه باعه مؤجّلاً، أو قال: «باع بكذا إلى شهر» فبان أنه باع إلى شهرين: لا يبطل حقه.

ولو قال: «باعه بكذا[٨] مؤجّلًا» فعفا، ثم بان أنه باعه حالًّا: يبطل حقه؛ لأنه يتمكن من التعجيل إن كان يقصده، وكذا لو قال: «باع كله بألف» فعفا، ثم بان أنه باع بعضه بألف: يبطل حقه؛ لأنه إذا لم يرغب في الكل بألف، ففي البعض أولى.

---

(١) قوله (فعفا) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالمروية).

(٣) قوله: (أنه) سقط من (ي).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بتركه لزيد).

(٥) قال الماوردي: «وهذا قول من جعل علة الشفعة: الخوف من سوء المشاركة». وقد جعل الماوردي هذه المسألة على وجهين. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٢ - ٣٥٣)، «المهذب» (١٤/ ٣٢٥)، «الحاوي» (٩/ ٢٦ - ٢٧).

(٧) قوله: (منه) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٨) قوله: (بكذا) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

وعند أبي حنيفة[١]: إذا أخبر عن البيع بالدراهم، فعفا، ثم بان أن البيع بالدنانير أو بالعكس، ولم يتفاوت القدر عند التقويم: بطلت شفعته، وبه أجاب الإمام[٢]، فيجوز أن يعلم لذلك[٣] قوله: (أو جنس الثمن)، بالحاء والواو.

الثالثة: لقي المشتري، فقال: «السلام عليك» أو «سلام عليك» أو «سلام عليكم»: لم يبطل حقه؛ لأن السنة السلام قبل الكلام[٤]. قال الإمام[٥]: ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة، لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام. وفي ما إذا قال عند لقاء المشتري: «بكم اشتريت؟» وجهان:

ذكر العراقيون: أنه يبطل حقه[٦]. وقال: من حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث.

والأصح: المنع؛ لأنه إن لم يعلم قدر الثمن، فلا بد من البحث عنه، وإن علمه فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشتري؛ كي لا ينازعه في الثمن.

---

(١) وهذا عند الحنفية: لأن الدراهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد، لأنها أثمان الأشياء وقيمتها، تقوّم الأشياء بها تقويماً واحداً، بمعنى أنها تُقوّم بهذا مرة وبذاك أخرى، وإنما يختلفان في القدر لا غير، فوجب اعتبار قدر قيمتها في الكثرة والقلة. «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠). انظر: «الهداية» ومع «العناية» (٩/ ٤١٨ - ٤١٩).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٢٧).

(٣) في (ي): (كذلك)، وفي (ط العلمية): (بذاك).

(٤) أخرج الترمذي بسنده عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «السلام قبل الكلام» أبواب الاستئذان والآداب، باب السلام قبل الكلام (٤/ ١٦١) (٢٨٤٢)، وقال: «هذا حديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه، سمعت محمداً يقول عنبسة بن عبد الرحمن ضعيف في الحديث ذاهب، ومحمد بن زاذان منكر الحديث». وأخرجه (أبو يعلى، أحمد بن علي بن المثنى الموصلي) في «مسنده» مسند جابر بن عبد الله (٢/ ٤٠٣) (٢٠٥٥). انظر: (ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني) «المطالب العالية» (٢/ ٤٢٥) (٢٦٤٨)، «مجمع الزوائد» (٨/ ٣٥)، «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٧).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٢٨).

(٦) قال الماوردي: «لو حادثه بعد السلام وقبل المطالبة، بطل حقه من الشفعة». «الحاوي» (٩/ ٢١).

وحكى الإمام[١] وجهين أيضاً في ما إذا قال: «بارك الله في صفقة يمينك[٢]»:

عن قياس طريق المراوزة: أنه يبطل حقه؛ لأن هذا الدعاء يشعر بتقرير الشقص في يده، فلا ينتظم[٣] الطلب عقبه.

وأصحهما ـ وهو الذي أورده المعظم ـ: أنه لا يبطل؛ لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة[٤].

ولو قال: «اشتريت رخيصاً»، وما أشبهه[٥]، ثم أعقبه بالطلب، بطل حقه؛ لأنه فضول لا غرض فيه[٦].

ولو أخر الطلب، ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غَيْبة، وأنكر المشتري، فالقول قول الشفيع إن علم له العارض الذي يدعيه، وإلا فالمصدق المشتري[٧].

ولو قال: «لم أكن أعلم بثبوت حقّ الشفعة» أو «كونها على الفور»، فهو كما مرّ[٨] في الردّ بالعيب[٩]. والله أعلم بالصواب.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٢٨).

(٢) قوله: (يمينك) سقط من (ط العلمية).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ينتظر).

(٤) «والدعاء بالبركة نفع». «التهذيب» (٤/ ٣٥١). انظر: «المهذب» (١٤/ ٣١٩)، «الوسيط» (٤/ ١٠٠).

(٥) في (ط العلمية): (وما أشبه)، وفي (ز): (وما أشبه ذلك).

(٦) «الوسيط» (٤/ ١٠٠).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٢).

(٨) قوله: (مرّ) سقط من (ط الفكر).

(٩) إن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في بادية لا يعرفون الأحكام، قُبل قوله وَمكن من الرد، وإلا فلا. ولو قال: «لم أعلم أنه يبطل بالتأخير»، قُبل قوله، لأنه مما يخفى على العوام. انظر ما سلف (٦/ ١٩٩)، «التهذيب» (٤/ ٣٥٢).

قال:

(ولو باعَ مِلْكَ نفسِه مع العلم بالشُّفعةِ بطَلَ حقُّه. فإن لم يعلم فقولان؛ من حيثُ إنّه انقطعَ الضَّرر. وإن صالحَ عنْ حقِّ الشُّفْعةِ لم يصحَّ الصُّلح. ثمَّ إن كانَ جاهِلاً ففي بطلان شفعتهِ خلاف).

في هذه البقية مسألتان:

الأولى: إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار، أو وهب، عالماً بثبوت الشفعة له، بطل حقه. أما إذا جعلنا الشفعة على الفور فظاهر. وأما إذا جعلناها على التراخي؛ فلأن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة ومؤونة[1] المقاسمة، وإنما يلزم ذلك من الشركة، فإذا باع نصيب نفسه، فقد أزال سبب[2] الشفعة[3].

ولو باع بعض نصيبه، حكى الشيخ أبو علي وغيره فيه قولين[4]:

أحدهما: أن شفعته لا تبطل؛ لأنه لو لم يملك إلا ذلك القدر ابتداء، لثبتت[5] الشفعة، فكذلك إذا بقي[6].

والثاني: أنها تبطل؛ لأنه إنما استحق الشفعة بجميع نصيبه، فإذا باع بعضه، بطل بقدره، وإذا بطل البعض بطل الكل، كما لو عفا عن بعض الشقص المشفوع، وهذا أظهر على ما ذكره الإمام وغيره. هذا إذا كان عالماً.

---

(١) قوله: (ومؤونة) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٢) في (ي): (ضرر).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٦).

(٤) قال الماوردي: «وجهان مخرجان». «الحاوي» (٩/ ٢٦).

(٥) قوله: (لثبتت) سقط من (ط الفكر).

(٦) قوله: (فكذلك إذا بقي) سقط من (ط الفكر)، وفي (ط العلمية): (فلذلك إذا بقيت انتهاءً).

أما إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة، قال أكثرهم: فيه وجهان[١]، وقال الإمام[٢] وصاحب الكتاب قولان:

أحدهما: أنه على شفعته؛ لأنه كان شريكاً يوم البيع، ولم يرض بسقوط حقّ الشفعة.

وأشبههما: أنها تبطل؛ لزوال سبب الشفعة، ولهذا لو زال عيب المبيع قبل التمكن من الرد، سقط حقّ الردّ.

ولو باع بعض نصيبه جاهلاً:

أطلق في «التهذيب»[٣]: أن شفعته لا تبطل.

والوجه: أن يكون على الخلاف السابق إذا فرعنا على أنه لو باع الجميع بطلت شفعته.

الثانية: لو صالح عن[٤] حقّ الشفعة على مال، فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب[٥]، واختار أبو إسحاق المروزي صحته[٦].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٥٦).

(٢) قوله (الإمام) زيادة في (ي)، (ز). «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٠٤).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٥٦).

ملحوظة: هناك نقص في هذه المسألة في كتاب «التهذيب» (المطبوع)، حيث قال: «والثاني: تبطل شفعته، لأن الشفعة تثبت ابتداءً بقدر ما بقي له من الشرك»، وبين هاتين العبارتين تضاد في المعنى. والصحيح: أن العبارة الأولى للمسألة الأولى (بيعه لنصيبه كاملاً)، والعبارة الثانية للمسألة الأخرى وهي (بيعه لبعض نصيبه). والله تعالى أعلم.

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (على).

(٥) فيه وجهان، أظهرهما: المنع، لأنه خيار فسخ فأشبه خيار الشرط والمجلس. انظر ما سلف (٦/ ٢٠٠).

(٦) وقال الماوردي: «لم يجز، وكان صلحاً باطلًا، وعوضاً مردوداً». «الحاوي» (٩/ ٢٥).

ولو تصالحا على أن يأخذ بعض الشقص، فيصح الصلح؛ لرضا[١] المشتري بالتبعيض، أو يبطل وتبقى خيرة الشفيع بين أخذ الكل وترك الكل، أو تبطل شفعته أصلاً؛ تنزيلاً لترك البعض منزلة ترك الكل؟ نقلوا فيه ثلاثة أقوال.

وقد فرغنا بتوفيق الله تعالى من شرح مسائل الكتاب، ونُذيّله[٢] بفصلين:

أحدهما: في الحيل الدافعة للشفعة:

منها: أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم، ويأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي يتراضيان عليه بدلاً من الدراهم، أو يحط عن[٣] المشتري ما يزيد عليه، فلا يرغب الشفيع في الشفعة؛ لحاجته إلى الأخذ بالدراهم المسمَّاة، وفيها غرر؛ لأن البائع قد لا يرضى بالعرض عوضاً، ولا يحط عوضاً عما لزمه[٤].

ومنها: قال ابن سريج: يشتري أولاً بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن، ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه، وفيها غرر؛ لأن البائع قد لا يرضى به[٥].

ومنها: أن يبيع جزءاً من الشقص بثمنِ[٦] كلهِ، ويهب منه الباقي، فلا يأخذ الشفيع الشقص[٧] المبيع؛ للغبن، ولا يتمكن من أخذ الموهوب، وفيها غرر ظاهر.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (برضا).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (نزيده).

(٣) في (ط العلمية): (من).

(٤) قوله: (عوضاً عما لزمه) سقط من (ي)، (ط الفكر)، وفي (ط العلمية): (أو لا يحط على المشتري ما يزيد عليها).

(٥) من قوله: (عوضاً عما) إلى هنا سقط من (ز).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالثمن).

(٧) قوله: (الشقص) زيادة في (ط الفكر)، (ط العلمية).

ومنها: أن يجعلا[١] الثمن حاضراً مجهول القدر، ويقبضه البائع[٢] وينفقه، أو يخلط بغيره؛ فتندفع الشفعة؟ وفيه خلاف ابن سريجٍ، على ما تقدّم.

ومنها: إذا وقف[٣] المشتري الشقص أو وهبه، يبطل حق الشفيع على رأي أبي إسحاق.

ومنها: لو باع بعض الشقص، ثم باع الباقي، لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانياً في أحد الوجهين، فيندفع أخذ الجميع[٤].

ومنها: لو وكل البائع[٥] شريكه بالبيع فباع، لم يكن له الشفعة على أحد الوجهين، وقد سلف ذكر هذه المسائل.

فرع:

عند أبي يوسف[٦]: لا يكره دفع الشفعة[٧] بالحيلة؛ إذْ ليس فيها تفويت حق على الغير؛ لأن الحق إنما يثبت بعد البيع.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يجعل).

(٢) قوله: (البائع) سقط من (ي).

(٣) في (ط العلمية): (وهب).

(٤) في (ز): (جميع المبيع).

(٥) في (ط الفكر): (الشريك).

(٦) هذا إن كانت الحيلة قبل الوجوب، أما إن كانت بعده فهي مكروهة بلا خلاف عند الحنفية. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٥)، «الهداية» (٩/ ٤٢١ - ٤٢٢)، «المبسوط» (٣٠/ ٢٤٠).
أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، كان صاحب حديث حافظاً، ولزم أبا حنيفة وهو المقدم من أصحابه، وأول من وضع الكتب على مذهبه وأملى المسائل ونشرها، وله كتاب «الخراج». ولي القضاء لثلاثة خلفاء: المهدي والهادي والرشيد، ولي قضاء بغداد فلم يزل فيها حتى مات في ربيع الأول عام (١٨٢هـ). انظر: «الجواهر المضية في طبقات الحنفية» (٣/ ٦١١ - ٦١٤) (١٨٢٥)، «الفوائد البهية» ص٢٢٥.

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الشفيع).

وعند محمّد[١] يكره؛ لما فيه من إبقاء[٢] الشفيع في الضرر ومنع[٣] حقه من الثبوت. وهذا أشبه بمذهبنا[٤] في الحيلة في دفع الزكاة[٥]، وهما مختلفان في الزكاة أيضاً[٦]، والله أعلم.

الفصل الثاني: في مسائل وفروع من الباب، لم تسلك في ما قدمنا، ونوردها منثورة، فنقول:

للمفلس العفو عن الشفعة، والأخذ ولا اعتراض[٧] عليه للغرماء، وينبغي أن

---

(١) محمد: أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، أصله من دمشق، قدم أبوه العراق فولد محمد بواسط، ونشأ بالكوفة. صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه، ثم عن أبي يوسف. دوَّن «الموطأ»، وله كتب كثيرة منها: «المبسوط» و«الجامع الصغير»، و«الكبير»، و«السير الكبير». ولي القضاء بالرقّة ثم بالري، وتوفي بها سنة (١٨٧هـ) وله (٥٨) سنة. انظر: «الجواهر المضية» (٣/ ١٢٢ - ١٢٦) (١٢٧٠)، «الفوائد البهية» ص١٦٣.

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (إيقاع).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (مع).

(٤) في (ي): (بمذهبهما).

(٥) عند الشافعية: لو باع ماله أو بادله قرب حلول الحول وقصد به الفرار من الزكاة يكره، وينقطع الحول. انظر ما سلف (٤/ ٣٧).
وقال النووي تعليقاً على كلام الرافعي: «عجب من الإمام الرافعي رحمه الله، كيف قال ما قال، مع أن المسألة مسطورة وفيها وجهان أصحهما ـ وبه قال ابن سريج والشيخ أبو حامد ـ: تكره هذه الحيلة. والثاني: لا، قاله أبو حاتم القزويني في كتاب «الحيل». أما الحيل في دفع شفعة الجار، فلا كراهة فيها قطعاً». «روضة الطالبين» (٥/ ١١٦).

(٦) قال أبو يوسف في الرجل يكون له مائتا درهم يتصدق قبل الحول بيوم، إن ذلك مكروه. انظر: «المبسوط» (٣٠/ ٢٤٠).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (والاعتراض).

يعود في أخذه، الخلاف المذكور في شرائه في الذمة[١]، ثم الكلام في أنه مم[٢] يؤد الثمن؟ على ما ذكرناه في التفليس[٣].

ولو وهب شقصاً[٤] من عبده، وقلنا: إنه يملك، فبيع باقيه: قال الشيخ أبو محمّد: تثبت له الشفعة. وهل يفتقر إلى إذن جديد من السيد؟ فيه وجهان. ولعامل القراض الأخذ بالشفعة، فإن لم يأخذ، فللمالك الأخذ. ولو اشترى بمال القراض شقصاً من عقار فيه شركة لرب المال، ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج، أصحهما: المنع[٥].

ووجه الثاني: أن مال القراض كالمنفرد عن ملكه؛ لتعلق حق الغير به، ويجوز أن يثبت له على ملكه حق والحالة هذه، كما لو ثبت له على عبده المرهون حق الجناية.

وإن كان العامل شريكاً فيه، فله الأخذ[٦]، إن لم يكن في المال ربح، أو كان

---

(١) المشهور: أنه يصح شراؤه ويثبت في ذمته. وروى الإمام قولًا آخر: أنه لا يصح شراؤه كالسفيه. انظر: «فتح العزيز» (٧/ ١٦٢).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم).

(٣) مسألة «ممّ يؤدي المفلس ثمن ما اشتراه»، ذات شقين، الشق الأول: هل يتعدى الحجر إلى ما اشتراه؟ فيه وجهان، أصحهما: التعدي. الشق الثاني: هل للبائع التعلق بعين متاعه؟ فيه ثلاثة أوجه، أصحها: أنه إن كان عالماً فلا خيار له، وإن كان جاهلاً فله الخيار والرجوع إلى عين ماله. انظر: «فتح العزيز» (٧/ ١٦٧-١٦٨).
ملحوظة: هناك خطأ في العبارة التي أثبتها المحققان في هذه المسألة، وهي قوله: (وهل للبائع الخيار والتعلق بغير متاعه)، والصحيح: (بعين متاعه)، يدل على ذلك الكلام الذي يليه.

(٤) قوله: (شقصاً) سقط من (ط الفكر).

(٥) وقطع به البغوي، لأن الشراء وقع له بماله. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٢).

(٦) «كالوكيل بالشراء». «التهذيب» (٤/ ٣٩٢).

وقلنا: إنه لا يملك بالظهور. وإن قلنا: إنه يملك، فعلى الوجهين في المالك[١].

ولو كان الشقص في يد البائع، فقال الشفيع: «لا أقبضه إلا من المشتري»، فيه وجهان[٢] عن ابن سريج:

أحدهما: له ذلك، ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه، ويسلمه إلى الشفيع، وإن كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين.

والثاني: أنه لا يكلف ذلك، بل يأخذه الشفيع من يد البائع.

وسواء أَخَذ من المشتري، أو من البائع، فعهدة الشفيع على المشتري، فإن الملك ينتقل إليه منه[٣].

وقال أبو حنيفة[٤]: إن أَخَذه من يد المشتري، فالعهدة على المشتري، وإن أَخَذه من يد البائع، فالعهدة عليه.

ولو اشترى شقصاً بشرط البراءة من العيوب، فإن أبطلنا البيع فذاك، وإن صححناه وأبطلنا الشرط، فكما لو اشترى مطلقاً، فإن صححنا الشرط فللشفيع ردُّه بالعيب على المشتري، وليس للمشتري الردّ، كما لو كان المشتري عالماً بعيبه عند الشراء، والشفيع جاهلاً به عند الأخذ[٥].

---

(١) قطع الماوردي أن لرب المال وللعاقل الأخذ بالشفعة، لأن مال القراض يتميز عن أموالهما. «الحاوي» (٩/ ٥١).

(٢) وذكر الماوردي: أن اختيار ابن سريج هو الثاني، وبالأول قال أبو إسحاق المروزي. «الحاوي» (٩/ ٧٥).

(٣) قال الشافعي: «وعهدة المشتري على البائع، وعهدة الشفيع على المشتري». «مختصر المُزَنيّ» ص٢٢٠ - ٢٢١.

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٠)، «المبسوط» (١٤/ ١٠١).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٧٦)، «التهذيب» (٤/ ٣٥٥ - ٣٥٦). =

وإن علم الشفيع العيب دون المشتري، فلا ردّ للشفيع، وليس للمشتري طلب الأرش؛ لأنه استدرك الظُّلامة[١]، أو لأنه لم ييأس من الردّ، فلو رجع إليه ببيع أو غيره، لم يرده على العلة الأولى، ويرده على الثانية[٢].

ولو قال أحد الشريكين للآخر: «بع نصيبك، فقد عفوت عن الشفعة»، فباع، ثبتت له الشفعة، ولغا العفو قبل ثبوت الحقّ[٣].

وعن تفريع ابن سريج عن[٤] «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن: أنه إذا باع شقصاً، فضمن الشفيع العهدة للمشتري، لم تسقط بذلك شفعته[٥]. وكذلك إذا شرط الخيار للشفيع[٦]، وصححنا شرط الخيار للأجنبي[٧].

= قال الـمُـزَنيّ: «وإذا تبرأ البائع من عيوب الشفعة ثم أخذها الشفيع كان له الرد على المشتري». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (استدراك للظلامة).

(٢) ذكر الماوردي: أن رده حينئذ على وجهين. «الحاوي» (٩/ ٧٦).

(٣) كإبرائه من الدين قبل وجوبه، وكما لو قال لمورثه: «أوصِ بأكثر من الثلث، فإني قد أجزت». انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥)، «التهذيب» (٤/ ٣٥٤).

(٤) في (ز): (على).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٣).

وعند الحنفية: لو وكل صاحب الدار الشفيع ببيعها فباعها، فلا شفعة له، لأن بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه وهو الملك للمشتري. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٥).

(٦) عند الحنفية: إذا شرط البائع الخيار للشفيع، فلا شفعة له. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٣).

(٧) في شرط الخيار للأجنبي قولان، أصحهما: أنه يصح، لدعاء الحاجة إليه. انظر ما سلف (٦/ ١٣٣).

وإذا جُعل الخيار للشفيع فأجاز، لم تبطل شفعته. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٣).

ولو كان بين أربعة دار، فباع أحدهم نصيبه، واستحق الشركاء الشفعة، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو، قبلت[١] شهادتهما إن شهدا بعد ما عفوا، وإن شهدا قبله لم تقبل؛ لأنهما يجران الشقص إلى أنفسهما[٢].

فلو عفوا ثم أعادا تلك[٣] الشهادة، لم تقبل أيضاً؛ للتهمة[٤]. وإن شهدا بعد ما عفا أحدهما، قبلت شهادة العافي دون الآخر، فيحلف المشتري مع العافي، ويثبت العفو[٥].

ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن، لم يقبل؛ لأنه قد لا[٦] يقصد الرجوع بتقدير الإفلاس، وإن كان بعد القبض فوجهان؛ لأنه ربما يتوقع الرجوع إلى العين بسببٍ[٧] من الأسباب.

ولو أقام المشتري على عفو الشفيع بينة، والشفيع[٨] بينة على أنه أخذ

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ثبتت).

(٢) «لأن أحد الشركاء إذا عفا، توفر حقه على من بقي». «الحاوي» (٩/ ٩١).
قال المُزَنيّ: «وإذا كان للشقص ثلاثة شفعاء، فشهد اثنان على تسليم الثالث، فإن كانا سلّما جازت شهادتهما، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما، وإن لم يكونا سلّما لم تجز شهادتهما، لأنهما يجران إلى أنفسهما ما سلّمه صاحبهما». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٠).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أعادوا بتلك).

(٤) «لأن الشهادة إذا رُدت لتهمة، لم تُسمع بعد زوال التهمة». «الحاوي» (٩/ ٩١).
وأيضاً: «كالفاسق يعيد الشهادة بعد التوبة، لا يقبل». «التهذيب» (٤/ ٣٧٦).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٦).

(٦) قوله: «لا» سقط من (ز).(م ع).

(٧) في (ط العلمية): (السبب).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وأقام المشتري).

بالشفعة، والشقص في يده، فبينة الشفيع أولى؛ لتقويها باليد، أو بينة المشتري؛ لزيادة علمها بالعفو؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني.

ولو شهد السيد على شراء شقص فيه شفعة لمكاتبه، فعن الشيخ أبي محمد: قبول شهادته. قال الإمام[١]: كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء.

ثم إذا ثبت الشراء[٢]، فيجوز أن تثبت الشفعة تبعاً، فأما شهادته للمكاتب فإنها لا تقبل بحال[٣].

ولو كان الشفيع صبيّاً، فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة، وإلا لم يجز الأخذ، وإذا ترك بالمصلحة، ثم بلغ الصبي، فهل له الأخذ؟ فيه خلاف ذكرناه في آخر الحَجْر[٤].

ولو كان بين اثنين دار، فمات أحدهما عن حملٍ في البطن، ثم باع الآخر نصيبه، فلا شفعة للحمل[٥]؛ لأنه لا يُتيقّن وجوده.

فإن كان له وارث غير الحمل فله الشفعة. وإذا انفصل حيّاً، فليس لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث.

ولو ورث الحمل الشفعة عن مورثه، فهل لأبيه أو جده الأخذ قبل انفصاله؟ فيه وجهان، وجه المنع ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنه لا يُتيقن وجوده[٦].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٢٥-٤٢٦).

(٢) قوله: (ثم إذا ثبت الشراء) سقط من (ط الفكر).

(٣) انظر: «التهذيب» (٨/ ٢٧٦).

(٤) فيه وجهان، أصحهما: أنه لا يمكن من الأخذ، وهو قول أبي إسحاق وابن أبي هريرة. انظر ما سلف (٧/ ٣٠٥).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٠ - ٣٧١).

(٦) من قوله: «فإن كان له وارث غير الحمل» إلى هنا سقط من (ز).(م ع).

وإذا أخذ الشفيع الشقص[١] وبنى فيه أو غرس فخرج مستحقّاً وقلع المستحق بناءه وغراسه، فالقول في ما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن، وما ينقص من[٢] قيمة البناء والغراس وغيرهما، كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه.

قال الإمام[٣]: وإن نظر ناظر[٤] إلى أن الرجوع بما ينقص من قيمة البناء والغراس هناك مبني على التغرير، ولا تغرير من المشتري، بل الشقص مأخوذ منه[٥] قهراً، فيجوز أن يجاب عنه بأنه مختار في الشراء، والأخذ بالشفعة موجب الشراء[٦].

ولو مات رجل، وله شقص من دار، وعليه ديون تستغرق التركة، فباع الشريك الآخر نصيبه قبل أن يُباع الشقص في الدين: قال ابن الحداد: للورثة أخذه بالشفعة، وهو جواب على أن الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة إلى الورثة، وهو الأصح[٧]. وإن قلنا: يمنع، فلا شفعة لهم.

ولو خلف[٨] داراً وديوناً لا تستغرق قيمة الدار، فبيع منها ما يفي[٩] بالدين: قال ابن الحداد: لا شفعة للورثة في ما بيع بما بقي لهم من[١٠] الملك، وهذا مستمر

(١) قوله: (الشقص) سقط من (ي)، (ط الفكر).
(٢) قوله: (من) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ي): (منه).
(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٠٣).
(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (نظرنا).
(٥) في (ي)، (ط الفكر): (عنه).
(٦) في (ي): (يوجب)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (موجب للشراء).
(٧) واقتصر عليه الماوردي، لأن لهم قضاء الديون واستيفاء الشقص. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤ - ٤٥).
(٨) قوله: (ولو خلف) سقط من (ز).
(٩) في (ط العلمية): (بقي).
(١٠) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في).

على الأصل السابق، فإنهم إذا ملكوا الدار كان المبيع جزءاً من ملكهم، ومن بِيعَ جزء من ملكه بحق لم يكن له استرجاعه بالباقي[١]. وإن قلنا: إنه يمنع، فيمنع[٢] الملك في قدر الدين، أم في جميع التركة؟ فيه خلاف مذكور في موضعه.

إن قلنا بالثاني، فلا شفعة لهم أيضاً؛ لأنهم إنما يملكون الباقي بأداء الدين، وإنما تثبت الشفعة بملك يتقدم على البيع. وإن قلنا بالأول ثبتت لهم الشفعة.

ولو كانت الدار مشتركة بين المورث والورثة، ثم إنه مات، فبيع نصيبه أو بعضه في ديونه ووصاياه؛ قال ابن الحداد: لهم الشفعة، وهذا يخالف الأصل الذي سبق، فإنهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار لهم[٣]، فيكون المبيع جزءاً من ملكهم.

واختلف مَن بعده، فمنهم من أخذ به وقال: ما يباع في ديونه ووصاياه بمثابة ما يبيعه بنفسه، ولو باعه في حياته بنفسه كان لهم الشفعة، فكذلك هاهنا.

والأكثرون خالفوه، وجروا على قضية ذلك الأصل، ثم منهم من خطَّأه وقال: إنما ينتظم هذا الجواب على قولنا: إن الدين يمنع[٤] ملكهم، فيستحقون الشفعة بالملك القديم. وعن الشيخ أبي زيد: حمل كلامه على ما إذا باع بنفسه في مرض موته.

ومن «مولدات» ابن الحداد رحمه الله:

---

(١) قال الماوردي: «لأمرين. أحدهما: أنهم لم يكونوا شركاء لميتهم. والثاني: أنهم كانوا قادرين على استيفاء ملكه بقضاء الدين من أموالهم». «الحاوي» (٩/ ٤٥).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فمنع).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ملكهم).

(٤) في (ط الفكر): (لا يمنع).

دار بين ثلاثة، لأحدهم نصفها، ونصفها بين الآخرين بالسوية، فاشترى صاحب النصف نصيب أحد الآخرين، ثم باع ثلث ما معه مطلقاً من أجنبي، والشريك الثالث غائب مثلاً، فاعلم أن الشفيع في البيع[١] الثاني هو الشريك الثالث لا غير.

وأما في الأول فيتعلق النظر بأصلين:

أحدهما: الخلاف الذي سبق في أن المشتري إذا كان أحد الشركاء، تكون الشفعة بينه وبين الشريك الآخر، أو يختص بها الشريك الآخر.

والثاني: عود القولين في أن الشفعة على عدد الرؤوس، أو الحصص إذا حكمنا بالشركة.

إذا عرفت ذلك، فإذا قدم الغائب، وفرعنا على قسمة الشفعة[٢] بينه وبين المشتري، وهو الأصح، نظرنا: إن طلب الشفعة بالعقد الأول، فله مما اشتراه الشريك ـ على قولنا بالتوزيع على عدد الرؤوس ـ النصف، وهو ثمن جميع الدار، وذلك شائع في ما معه، وهو ثلاثة أرباع الدار، فإذا باع ثلث ما معه كان بائعاً ثلث حق الشفيع، ولا ينصرف إلى الشريك[٣] ما يستقر ملكه فيه؛ لأن الكل قابل للبيع، فيأخذ القادم من الشريك ثلثي[٤] الثمن، ومن المشتري منه ثلث الثمن[٥]، فيتم له ما استحقه بالعقد الأول.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المبيع).

(٢) قوله: (الشفعة) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) قوله: (الشريك) سقط من (ي)، (ز).

(٤) في (ز): (ثلث).

(٥) قوله: (ومن المشتري منه ثلث الثمن) سقط من (ز).

وإن قلنا بالتوزيع على الحصص، فله مما اشتراه الشريك الثلث؛ لأن ملكه قدر[١] نصف ملك الشريك، وثلثه نصف[٢] سدس الدار، فيأخذ من الشريك ثلثي نصف السدس، ومن المشتري منه ثلثه؛ لما ذكرنا من الشيوع.

فعلى القول الأول، يخرج الحساب من أربعة وعشرين؛ لأن نصيب الغائب سدس ما معه، وهو ثلاثة أرباع الدار، فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه سدس، فنضرب أربعة في ستة تكون أربعة وعشرين.

وعلى الثاني، من ستة وثلاثين؛ لأن نصيب الغائب تسع ما معه، فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه تسع، فتضرب أربعة في تسعة يكون ستة وثلاثين[٣]، فالربع الذي اشتراه الشريك على التقدير الأول ستة، وعلى التقدير الثاني تسعة.

ثم إذا أخذ ذلك، فله أن يأخذ ما بقي في[٤] يد المشتري بالعقد الثاني، وله أن يعفو فيكون للمشتري الخيار بين أن يفسخ لتفرق الصفقة عليه، وبين أن يختار بحصته من الثمن.

أما إذا فرعنا على أن المشتري إذا كان شريكاً لا شفعة له[٥]، بل يختص بها الشريك الآخر، وبه قال ابن سريج، فإن الغائب كان[٦] يأخذ جميع ما اشتراه الشريك لو لم يكن بيع ثانٍ، فإذا باع ثلث ما في يده، فقد باع من حق

---

(١) قوله: (قدر) سقط من (ي)، (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وحينئذ فله نصف).

(٣) من قوله: (لأن نصيب) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (من).

(٥) قوله: (له) سقط من (ز).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (إذا كان).

الغائب[1] الثلث، فإذا قدم أخذ ثلث الربع من المشتري، وثلثيه من الشريك، فيتم له ما استحق بالبيع الأول.

ثم له أن يأخذ ما في[2] يد المشتري بالعقد الثاني، وله أن يعفو عن الأول، ويأخذ جميع الربع من يد المشتري.

وهذا كله في ما إذا باع ثلث ما في يده مطلقاً.

أما إذا قال: «بعت الربع الذي اشتريت»، فليس للغائب أن يأخذ غير ما في يد المشتري من الشريك. لكنه إن عفا عن شفعة البيع الأول، أخذ جميع الربع بالبيع الثاني، وإن أراد الأخذ بالبيع الأول فسخ البيع في نصف الربع على قول التوزيع على الرؤوس، وثلثه على القول المقابل له، ثم له أخذ الباقي بالبيع الثاني.

ولو قال: «بعت ربع[3] الدار من جملة النصف الذي كنت أملكه قديماً»، فللغائب أن يأخذ جميعه بالعقد الثاني، وأن يأخذ بالعقد الأول مما في يد الشريك نصف الربع، أو ثلثه على اختلاف القولين. والله أعلم.



---

(١) في (ي)، (ز): (البائع).
(٢) في (ز): (ما بقي في).
(٣) قوله: (ربع) سقط من (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية).


كتاب القراض

قال رحمه الله:

(كتاب القِراض[١])

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركان صحّته

وهي ستّة:

الأوَّل: رأسُ المال: وشروطُه[٢] أربعة؛ وهي أن يكونَ نقداً، مُعيَّناً، معلوماً، مُسلَّماً.

احترَزْنا بـ«النَّقْد» عن العُروضِ والنُّقْرةِ التي ليست مضروبة؛ فإنّ ما يختلفُ قيمتُه إذا جُعِلَ رأسَ المال؛ فإذا رُدَّ بالأُجرةِ إليه ليتَميَّزَ الربح؛ فرُبّما ارتفعَ قيمتُه فيستغرقُ رأسُ المالِ جميعَ الربح، أو نقصَ فيصيرُ بعضُ رأسِ المالِ ربحاً. ولا يجوزُ (و) على الفُلوسِ ولا على الدراهِمِ (ح و) المغشوشة).

---

(١) القراض في اللغة: من القرض. يقال: قرضه يقرضه قرضاً: قطعه، هذا هو الأصل فيه، ثم استعمل في قطع الفأر والسلف والسفر والشعر. وقال الزمخشري: «أصلها من القرض في الأرض وهو قطعها بالسير فيها». ويقال: قارضه مقارضة، وهما يتقارضان الخير والشر. انظر: «الصحاح» باب الضاد، فصل القاف (٣/ ١١٠١ - ١١٠٢) (قرض)، «تاج العروس» فصل القاف، باب الضاد (٥/ ٧٥ - ٧٧) (قرض).

وفي الاصطلاح: عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر. «الهداية» (٨/ ٤٤٧). وسيأتي مزيدٌ في تعريفه في نصّ الإمام الرافعي.

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وشرائطه).

العقد المعقود له الباب هو: أن يدفع مالاً إلى غيره ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما، ويسمى ذلك قراضاً ومقارضة، وقد يسمى مضاربة. وأشهر اللفظين: القراض عند الحجازيين، والمضاربة[(١)] عند العراقيين[(٢)].

واشتقاق القراض من قولهم: قرض الفأر الثوب، أي: قطعه، ومنه المقراض؛ لأنه يُقطع به، فسمي قراضاً إما لأن المالك اقتطع قطعة من ماله فدفعها إلى العامل، أو لأنه اقتطع له قطعة من الربح. وقيل: اشتقاقه من المقارضة، وهي المساواة والموازنة، سمي به لتساويهما في قوام العقد بهما، فمن هذا المال، ومن هذا العمل[(٣)]، أو[(٤)] لتساويهما في استحقاق الربح.

وأما المضاربة فإنما تقع على هذا العقد؛ لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال، والتقليب[(٥)].

ويقال للمالك من اللفظة الأولى: مُقارِض، وللعامل مُقارَض، ومن اللفظة الثانية: يقال للعامل مضارب؛ لأنه الذي يضرب بالمال، ولم يشتقوا للمالك منها اسماً.

---

(١) المضاربة: مجاز من الضرب، يقال ضرب في الأرض إذا خرج فيها تاجراً، أو إذا سافر يبتغي الرزق. انظر: «تاج العروس» فصل الضاد، باب الباء (١/ ٣٤٦) (ضرب).

(٢) قال السرخسي: «وإنما اخترنا اللفظ الأول (أي المضاربة)، لأنه موافق لما في كتاب الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]»، «المبسوط» (٢٢/ ١٨). انظر: «الاختيار» (٣/ ١٩).

(٣) «مأخوذ من قولهم: «قد تقارض الشاعران»، إذا تناشدا». «الحاوي» (٩/ ١٠٢).

(٤) قوله: (أو) زيادة في (ي).

(٥) «لأن العامل يتصرف فيها برأيه واجتهاده، مأخوذ من قولهم: «فلان يصرف الأمور ظهراً لبطن»». «الحاوي» (٩/ ١٠٢).

ولما فيه غالباً من السفر، والسفر يسمى ضرباً، قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١]. انظر: «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٠)، «المبسوط» (٢٢/ ١٨).

واحتجّ الأصحاب للقراض بإجماع الصحابة[١].

وذكر الشافعي رضي الله عنه في «اختلاف العراقيين»: أن أبا حنيفة روى عن حميد ابن عبد الله ابن عبيد الأنصاري[٢] عن أبيه عن جده: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أعطى مال يتيم مضاربة، فكان يعمل به[٣] في العراق»[٤].

وروي: «أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب، لقيا أبا موسى بالبصرة[٥]

---

(١) انظر: (ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري) «الإشراف» (٢/ ٣٨) (المكتبة التجارية، مكة المكرمة).

(٢) (حميد بن عبد الله): الصحيح عبد الله بن حميد، كما هو في إسناد ابن أبي شيبة.
وعبد الله بن حميد هو: عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصاري، كوفي. روى عن عطاء والشعبي وأبي جعفر، وروى عنه أبو أسامة وأبو نعيم. قال يحي ابن معين: ثقة، وقال أبو حاتم: ليس به بأس. انظر: (الرازي، عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الحنظلي) «الجرح والتعديل» (٥/ ٣٧) (١٦٣) (الطبعة الأولى ١٣٧١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت). انظر: ترجمة والده وجده «المرجع السابق» (٣/ ٢٢٦) (٩٩٣)، (٦/ ٦) (٢٦).

(٣) قوله: (به) سقط من (ز).

(٤) انظر: «الأم» (٧/ ١١٤).
أخرجه (ابن أبي شيبة، عبدالله بن محمد الكوفي العبسي) في «مصنفه» كتاب البيوع والأقضية، باب في مال اليتيم يدفع مضاربة (٤/ ٣٩٠) (٢١٣٦٨) (الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ، دار التاج، بيروت، لبنان). انظر: «نصب الراية» (٤/ ١١٤)، «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٧)، «إرواء الغليل» (٥/ ٢٩٢).

(٥) قوله: (بالبصرة) سقط من (ط الفكر).
البصرة: مدينة عراقية في جنوب العراق، بالقرب من التقاء نهري دجلة والفرات، على بعد (١٣٠ كم) من الخليج العربي، يبلغ ارتفاعها عن مستوى سطح البحر حوالي (٨ أقدام) فقط، أي (٢,٤م). وهي البوابة الرئيسية للعراق من جهة الجنوب، ونقطة التقاء شط العرب برأس الخليج العربي. انظر: «الموسوعة العربية العالمية» (٤/ ٤٢٦ - ٤٢٧) (الطبعة الأولى، الناشر: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض).

عند[١] منصرفهما من غزوة نهاوند[٢]، فتسلفا[٣] منه مالًا وابتاعا به متاعاً، وقدما المدينة فباعاه وربحا فيه، فأراد عمر رضي الله عنه أخذ رأس المال، والربح كله، فقالا: «لو تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟»، فقال رجل: يا أمير المؤمنين: «لو جعلته قراضاً»، فقال: «قد جعلته»، وأخذ منهما نصف الربح»[٤]، يقال[٥]: إن ذلك الرجل هو عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه.

وأظهر ما ذكره الأصحاب في مجمل القصة[٦] وبه قال ابن سُريج: أن ما جرى كان قرضاً صحيحاً، وكان الربح ورأس المال لهما، لكن عمر رضي الله عنه استنزلهما عن بعض الربح خيفة أن يكون قصد أبي موسى إرفاقهما، لا رعاية مصلحة بيت المال، ولذلك قال في بعض الروايات: «أو أسلف كل الجيش كما أسلفكما؟».

---

(١) قوله: (عند) زيادة في (ي)، (ط العلمية).

(٢) نهاوند ـ بفتح النون وكسرها ـ: مدينة عظيمة في قبلة همذان بينهما ثلاثة أيام، فتحت عام (١٦هـ، ٦٣٧م) أيام عمر بن الخطاب، بقيادة النعمان بن مقرن الـمُـزَنيّ حيث قُتل، وفتحت على يد حذيفة ابن اليمان، وسميت هذه الغزوة «بفتح الفتوح»، حيث انفتح الطريق إلى مناطق إيران الداخلية، وكانت بداية النهاية لدولة الفرس. وقد بلغت حشود الفرس فيها (١٥٠ ألف) مقاتل بقيادة الفيرزان. انظر: «معجم البلدان» (٨/ ٤٠٩ - ٤١٠)، «الموسوعة العربية العالمية» (٢٥/ ٤٣٠).

(٣) السلف: القرض الذي لا منفعة فيه للمقرض غير الأجر والشكر، وعلى المقترض رده كما أخذه. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب الفاء (٦/ ١٤٣) (سلف).

(٤) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب القراض ص٤٧٩ - ٤٨٠ (١٣٨٥)، والشافعي في «مسنده» من كتاب الرهون والإجارات ص٢٥٢، قال ابن حجر: «وإسناده صحيح»، «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٥٧)، وأخرجه الدارقطني، كتاب البيوع (٣/ ٦٣) (٢٤١).

(٥) في (ز): (فقيل).

(٦) في (ز): (مجمل القصة)، وفي غيرها: (محل القضية).

وعن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب[١] عن أبيه: «أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطاه مالاً مقارضة»[٢]. وأيضاً: عن علي[٣] وابن مسعود[٤] وابن عباس[٥]

(١) العلاء بن عبد الرحمن: العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحُرَقي، أبو شِبل المدني، مولى الحرقة من جهينة. روى عن أبيه وابن عمر وأنس وغيرهم، وعنه ابنه شبل، وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن إسحاق وغيرهم. قال عبد الله بن أحمد عن أبيه: ثقة، لم أسمع أحداً ذكره بسوء. وعن ابن معين: ليس حديثه بحجة. وقال أبو زرعة: ليس هو بالقوي. وقال النسائي: ليس به بأس. توفي سنة (٣٩هـ). انظر: «تهذيب التهذيب» (٤/ ٤١٥ - ٤١٦) (٦١٨٤).

وأبوه: عبد الرحمن بن يعقوب الجهني، روى عن أبيه وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر وغيرهم، وعنه ابنه العلاء وغيره، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال العجلي: تابعي ثقة. انظر: «تهذيب التهذيب» (٣/ ٤١٦ - ٤١٧) (٤٧٣٢).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ»: كتاب القراض ص٤٨٠ (١٣٨٦). وأخرجه البيهقي في أول كتاب القراض (٦/ ١١١).

(٣) ما روي عن علي، أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» بلفظ: عن الشعبي عن علي في المضاربة: «الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه»، كتاب البيوع، باب نفقة المضارب ووضيعته (٨/ ٢٤٨) (١٥٠٨٧).

(٤) ما روي عن ابن مسعود، ذكره الشافعي في كتاب «اختلاف العراقيين» بلفظ: «أن عبد الله بن مسعود، أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة». «الأم» (٧/ ١١٤).

(٥) وما روي عن ابن عباس، قال ابن حجر: «وأما ابن عباس، فلم أره عنه. نعم، رواه البيهقي عن أبيه العباس بسند ضعفه». «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٨). وهو بلفظ: «كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة، اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه». قال البيهقي: «تفرد به أبو الجارود زياد بن المنذر وهو كوفي ضعيف، كذبه يحيى بن معين، وضعّفه الباقون» «السنن الكبرى» أول كتاب القراض (٦/ ١١١). وقال الهيثمي: «رواه الطبراني في «الأوسط»، وفيه أبو الجارود الأعمى، وهو متروك كذّاب». «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٤). انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٥٨)، «نصب الراية» (٤/ ١١٤).

وجابر[١] وحكيم بن حزام[٢] رضي الله عنهم: «تجويز المضاربة». وأيضاً: فإن السنة الظاهرة وردت في المساقاة[٣]، وإنما جوزت المساقاة للحاجة من حيث إن مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها، ولا يتفرغ له، ومن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه، وهذا المعنى موجود في القراض.

ثم كلام الكتاب مندرج في ثلاثة أبواب:

أحدها: في ما يعتبر لصحة هذا العقد، وما يعتبر تارة في رأس المال، وتارة في العمل[٤]، وأخرى في صفة العقد، وأخرى في العاقدين، فسمى هذه الأمور أركاناً، وبيّن ما يشترط في كل واحد منها[٥].

---

(١) ما روي عن جابر، رواه البيهقي عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله «أنه سأله عن الرجل يعطي المال قراضاً فيشترط له كما أعطاه نحو يوم يأخذه»، قال: «لا بأس بذلك». أول كتاب القراض (٦/ ١١١). قال ابن حجر: «وفي إسناده ابن لهيعة». «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٨).

(٢) حكيم بن حزام: حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي الأسدي، ابن أخي خديجة رضي الله عنها، وابن عم الزبير بن العوام. كان جواداً من سادات قريش، وعلمائها بأنساب قريش وأخبارها، وُلد قبل عام الفيل بـ (١٣) سنة في جوف الكعبة. كان صديق النبي ﷺ قبل المبعث، ومن المؤلفة قلوبهم، أسلم (عام الفتح)، عاش (١٢٠) سنة، شطرها في الجاهلية وشطرها في الإسلام، توفي سنة (٥٠هـ)، وقيل (٦٠هـ). انظر: «الإصابة في تمييز الصحابة» (١/ ٣٤٩) (١٨٠٠)، «أسد الغابة» (١/ ٥٢٢ - ٥٢٣) (١٢٣٤).

وما روي عنه، رواه البيهقي بلفظ: عن حكيم بن حزام «أنه كان يدفع المال مقارضة إلى الرجل، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن وادٍ ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال». أول كتاب القراض (٦/ ١١١). وأخرجه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٦٣) (٢٤٢). قال ابن حجر: «رواه البيهقي بسند قوي» «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٨).

(٣) من ذلك ما رواه ابن عمر: «أن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع». أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه (٥/ ١٠) (٢٣٢٨).

(٤) قوله: (وتارة في العمل) سقط من (ز).

(٥) في (ي)، (ز): (منهما).

والثاني: في أحكامه إذا صح.

والثالث: في ما إذا انفسخ العقد بفسخ وغيره ما حكمه؟ وفي ما إذا اختلفا في كيفية جريان العقد بينهما كيف يفصل الأمر؟

أما الباب الأول: فالركن الأول منه رأس المال، وله شروط:

أحدها: أن يكون نقداً، وهو الدراهم والدنانير المضروبة[١]، وفيه معنيان:

أحدهما: أن القراض معاملة تشتمل على إغرار، إذ العمل غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوزت للحاجة، فتختص في ما تسهل التجارة عليه، وتروج بكلّ حال.

وأشهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن النقدين ثمنان لا يختلفان بالأزمنة والأمكنة إلا قليلاً ولا يقومان بغيرهما، والعروض تختلف قيمتها، فلو جعل شيء منها رأس المال لزم أحد الأمرين:

أما أخذ المالك جميع الربح، أو أخذ العامل بعض رأس المال، ووضع القراض على أن يشتركا في الربح، وينفرد المالك برأس المال[٢]، ووجه لزوم أحد الأمرين[٣]: أنهما إذا جعلا رأس المال ثوباً، فإما أن يشترطا ردّ ثوب بتلك الصفات أو ردّ قيمته.

---

(١) قال الشافعي: «ولا يجوز القراض إلا في الدنانير والدراهم التي هي أثمان للأشياء وقيمها». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٢) قال الماوردي: «القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح، وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين». «الحاوي» (٩/ ١٠٤). انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٨).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٨)، «المهذب» (١٤/ ٣٥٧ - ٣٥٨).

إن شرطا الأول، فربما كان قيمة الثوب في الحال درهماً، ويبيعه ويتصرف فيه حتى يبلغ المال عشرة، ثم ترتفع قيمة الثياب فلا يوجد مثل ذلك الثوب إلا بعشرة فيحتاج العامـل إلى صرف جمـيع ما معـه إلى تحصـيل رأس المال، فيذهب الربـح في رأس المال.

وربما كانت قيمته عشرة فباعه ولم يربح شيئاً ثم صار يوجد[١] مثله بشيء يسير فيشتريه به[٢]، ويطلب قسمة[٣] الباقي، فحينئذ يفوز العامل ببعض رأس المال.

وإن شرطا ردّ القيمة، فإما أن يشترطا قيمة حال المفاصلة[٤]، أو قيمة حال الدفع. والأول غير جائز؛ لأنها مجهولة، ولأنه[٥] قد تكون قيمته في الحال درهماً وعند المفاصلة عشرة، فيلزم المحذور الأول. والثاني غير جائز أيضاً[٦]؛ لأنه قد تكون قيمته في الحال عشرة، وتعود عند المفاصلة إلى درهم، فيلزم المحذور الثاني.

وفي النفس حسيكة من هذا الكلام؛ لأن لزوم أحد الأمرين مبني على أن رأس المال قيمة يوم العقد، أو يوم المفاصلة[٧]، وبتقدير جواز القراض على العرض، يجوز أن يكون رأس المال ذلك العرض بصفاته من غير نظر إلى القيمة، كما أنه المستحق في السلم، وحينئذٍ إن ارتفعت القيمة فهو كخسرانٍ حصل في أموال القراض، وإن انخفضت فهو كزيادة قيمةٍ فيها.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يؤخذ).

(٢) قوله: (به) زيادة في (ز).

(٣) في (ط الفكر) و(ط العلمية): (قسيمة).

(٤) أي قيمة يوم فسخ القراض بينهما.

(٥) قوله: (لأنه) سقط من (ط العلمية).

(٦) قوله: (أيضاً) زيادة في (ز).

(٧) قوله: (أو يوم المفاصلة) سقط من (ز).

وعن الشيخ أبي محمّد: أنه كان يعوّل في اختصاص القراض بالنقدين على الإجماع[١]، ولا يبعد أن يكون العدول إليه لهذا الإشكال.

ويترتب على اعتبار النقدية[٢]: امتناع القراض على الحلي والتبر وكل ما ليس بمضروب؛ لأنها مختلفة القيمة كالعروض.

وكذلك لا يجوز القراض على الفلوس ولا على الدراهم والدنانير المغشوشة؛ لأنها نقد وعرض.

وحكى الإمام[٣] وجهاً: أنه يجوز القراض على المغشوش اعتباراً برواجه، وادّعى[٤] الوفاق على امتناع القراض في[٥] الفلوس، لكن صاحب «التتمة» ذكر فيها أيضاً الخلاف.

وعن أبي حنيفة[٦]: يجوز القراض في المغشوش إذا لم يكن الغش أكثر.

---

(١) انظر: «الإشراف» (٢/ ٣٨).

(٢) قال الماوردي: «فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه». «الحاوي» (٩/ ١٠٥).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٤٢-٤٤٣).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وادعاء).

(٥) في (ز): (على).

(٦) عند الحنفية: تجوز المضاربة بالزيوف والنبهرجة، لأنها تتعين بالعقد كالجياد.
أما السَّتُّوقة، فإن كانت لا تروج فهي كالعروض، وإن كانت تروج فهي كالفلوس، تجوز المضاربة بها عند محمد. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٢)، «المبسوط» (٢٢/ ٢١ - ٢٢).
والزيوف والنبهرجة، الغالب عليها الفضة، والستوقة الغالب عليها الغش. انظر: «الاختيار» (١/ ١١٢)، «الهداية» (٢/ ٢١٣).

قال:

(واحترَزْنا بـ «الـمعلوم» عن القِراضِ على صُرّةِ دراهم؛ فإنّ جهلَ رأسِ المالِ يؤدي إلى جهلِ الربح.

واحترَزْنا بـ «الـمُعيَّن» عن القِراضِ على دينٍ في الذِّمّة. ولو عيَّنَ وأبهمَ فقال: «قارضتُك على أحدِ هذين الألفين، والآخَرُ عندَك وديعة»، وهما في كيسَينِ مُتميِّـزَين؛ ففيه وجهان. ولو كان النقدُ وديعةً أو رَهْناً[1] في يدِه أو غصباً وقارَضَه عليه صحّ، وفي انقطاعِ ضمانِ الغصبِ خلاف).

الشرط الثاني: أن يكون معلوماً[2]، فلو قارض على كفين[3] من الدراهم أو صرة مجهولة القدر، لم يجز؛ لأنه إذا كان رأس المال مجهولاً كان الربح مجهولاً، ويخالف رأس مال السلم، حيث يجوز أن يكون مجهول القدر على أحد القولين؛ لأن السلم لا يعقد ليفسخ، والقراض يعقد ليفسخ[4]، ويميز بين رأس المال والربح[5].

وفي «الشامل» وغيره: أن عند أبي حنيفة[6]: يجوز أن يكون رأس المال

---

(١) قوله: (أو رهناً) سقط من (ز).

(٢) معلوماً في القدر والصفة. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٥)، «التهذيب» (٤/ ٣٧٨).

(٣) في (ز): (كيس).

(٤) قوله: (ليفسخ) سقط من (ز).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٨).

(٦) يجوز عند الحنفية أن يكون رأس المال مجهول القدر، لكنه يجب أن يكون معلوماً إما بالإشارة أو التسمية، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح.

قال السرخسي: «وإذا دفع الرجل إلى رجل دراهم مضاربة، ولا يدري واحد منهما ما وزنها، فهي مضاربة=

مجهول القدر، وإذا تنازعا فيه عند المفاصلة، فالمصدق العامل. وعلى هذا، فليكن قوله: (معلوماً)، ـ في الفصل السابق ـ معلماً بالحاء.

ولو دفع إليه ثوباً، وقال: «بعه، وإذا قبضت ثمنه، فقد[1] قارضتك عليه»، لم يجز؛ لأنه مجهول، ولما فيه من تعليق القراض. وقال أبو حنيفة[2]: يجوز.

الشرط الثالث: أن يكون معيناً، فلو قارض على دراهم غير معينة، ثم أحضرها في المجلس وعينها، حكى الإمام[3] عن القاضي، وقطع به أنه يجوز[4]، كما في الصرف ورأس مال السلم. والذي أورده صاحب[5] «التهذيب»[6]: المنع.

ولو كان له دين في ذمة إنسان، فقال لغيره: «قارضتك على ديني على فلان فاقبضه، واتجر فيه»، لم يجز؛ لأنا لم نجوز القراض على العروض، لعسر التجارة والتصرف فيها، ومعلوم أن التصرف في الدين أكثر عسراً[7]، فكان أَوْلى بالمنع. ووجهه الإمام[8] بأن ما في الذمة لا بد من تحصيله أولًا.

= جائزة، لأن الإعلام بالإشارة إليه أبلغ من الإعلام بالتسمية...، وعند الشراء بها يعلم مقدارها بالوزن. ويقبل قول المضارب فيه، لكونه أمين، فجهالة المقدار عند العقد لا تفضي إلى المنازعة». «المبسوط» (٢٢/ ٢٧). انظر: «الاختيار» (٣/ ١٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٢).

(١) قوله: (فقد) سقط من (ز).

(٢) قال الكاساني: «ولو دفع إليه عروضاً فقال له: «بعها واعمل بثمنها مضاربة»، فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها، جاز، لأنه لم يضف المضاربة إلى العروض، وإنما أضافها إلى الثمن، والثمن تصح به المضاربة». «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٢). انظر: «الهداية» (٨/ ٤٤٧).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٤٩).

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ١١٧).

(٥) في (ز): (في).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٣٧٨).

(٧) في (ي): (أشد عسراً)، وفي (ز): (أعسر).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٤٦).

وسنذكر: أنه لا يجوز في القراض ضمّ عمل إلى[١] التجارة، لكن مثل هذا العمل يجوز أن يعد من توابع التجارة، فلا يمتنع ضمه إلى عمل القراض. يؤيده قولهم: إنه لو كان له عند زيد دراهم وديعة، فقال لعمرو: «قارضتك عليها، فخذها وتصرف فيها» يجوز[٢].

ولو أن صاحب الدين قال: «قارضتك عليه لتقبض وتتصرف» أو «اقبضه، فإذا قبضته فقد قارضتك عليه»: لم يصح أيضاً، وإذا قبض العامل، وتصرف فيه لم يستحق الربح المشروط، بل الجميع للمالك، وللعامل أجرة مثل التصرف، إن كان قد قال: «إذا قبضت فقد قارضتك»[٣]. وإن قال: «قارضتك عليه، لتقبض وتتصرّف»؛ استحق مثل أجرة التقاضي[٤]، والقبض أيضاً[٥].

ولو قال للمديون: «قارضتك على الدين الذي عليك»: لم يصح القراض أيضاً؛ لأنه إذا لم يصح والدين على الغير، فلأن لا يصح والدين عليه كان أولى[٦]؛ لأن المأمور لو استوفى ما على غيره ملكه الأمر[٧] وصح القبض، وما على المأمور لا يصير للمالك بعزله من ماله وقبضه[٨]. بل لو قال: «اعزل قدر حقي من مالك»

---

(١) قوله: (إلى) سقط من (ز).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٦)، «التهذيب» (٤/ ٣٧٩).

(٣) له أجرة مثل التصرف، لأن قبضه صحيح حيث وكله فيه. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٦).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (التقارض).

(٥) وكذا التصرف. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٩).

(٦) وهو قراض على مال غائب. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٦).

(٧) قوله: (الأمر) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٨) (وقبضه): كذا في (ز)، وفي غيرها: (وقبضه للأمر).

والمقصود بهذه العبارة (لأن المأمور... وقبضه): الإشارة إلى أن قبض العامل للدين من غيره صحيح، لأنه وكيل، لإذن المالك له بالقبض، وقبضه من نفسه فاسد، لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه.

وبناءً عليه: لو اتجر العامل بما قبضه في الحالة الأولى فالربح والخسران على المالك، وفي الحالة الثانية: الربح والخسران على العامل في الأصح عند الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٦).

فعزله، ثم قال: «قارضتك عليه[١]» لم يصح؛ لأنه لم يملكه.

وإذا تصرّف المأمور في ما عزله، نظر: إن اشترى بعينه لِلقراض، فهو كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله[٢]. وإن اشترى في الذمة ونقد ما عزله، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه للمالك؛ لأنه اشترى له بإذنه[٣].

والثاني: أنه للعامل؛ لأنه إنما أذن في الشراء بمال القراض، إما بعينه أو في الذمة لينقده فيه، فإذا لم يملكه فلا قراض، وهذا أظهر عند الشيخ أبي حامد[٤]. وفي «التهذيب»[٥]: أن الأصح الأول، وحيث[٦] كان المال المعزول للمالك، فالربح ورأس المال له؛ لفساد القراض، وعليه الأجرة للعامل.

ولو دفع إليه كيسين، في[٧] كل واحد منهما ألف، وقال: «قارضتك على أحدهما»، فوجهان:

---

(١) قوله: (عليه) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٢) قوله: (بعين ماله) سقط من (ز).

وشراء الفضولي بعين مال الغير على قولين، وأطلق البغوي عدم الصحة كبيعه. أما شراؤه بعين مال نفسه: فإن لم يسمه، وقع العقد عن نفسه (المباشر). وإن سماه، ينظر: إن لم يأذن له ذلك الغير، لغت التسمية. وهل يقع العقد عن نفسه، أو يبطل من أصله، فيه وجهان. وإن أذن له، فهل تلغو التسمية؟ فيه وجهان، إن قلنا: نعم، هل يقع العقد له (المباشر) أو يبطل من أصله؟ فيه وجهان. وإن قلنا: لا تلغو التسمية، لأنه وكله به، يقع العقد للغير. ويكون ما دفعه قرضاً أو هبة؟ فيه وجهان. انظر ما سلف (٥/ ٣٧٨)، «التهذيب» (٣/ ٥٣١).

(٣) قوله: (لأنه اشترى له بإذنه)، هذا تعليل لكون العامل يستحق أجر المثل في تصرفه، لا لما قاله، وإنما التعليل الذي يناسبه: لحدوثه عن ملكه. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٩)، «الحاوي» (٩/ ١٠٦).

(٤) وهو الأصح عند الماوردي، وتقدمت الإشارة إليه، وبالتالي لا يبرأ العامل من دين رب المال بالتجارة. «الحاوي» (٩/ ١٠٦).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٣٧٩).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بحيث).

(٧) قوله: (في) سقط من (ي)، (ط الفكر).

أحدهما: الصحة؛ لتساويهما[١].

وأصحهما: المنع؛ لعدم التعيين، كما لو قال: «قارضتك على هذه الدراهم» أو «على هذه الدنانير»، وكما لو قال: «بعتك أحد هذين العبدين».

ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة فقارضه عليها، صح[٢]. ولو كانت غصباً: لم يصح في وجه؛ لأنه مضمون، والقراض عقد أمانة.

والأصح: الصحة، كما إذا رهن من الغاصب. وعلى هذا لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن.

وعند أبي حنيفة[٣] ومالك[٤] رضي الله عنهما: أنه يبرأ وهو وجه لنا[٥].

---

(١) قال النووي: «فعلى الأول يتصرف العامل في أيهما شاء، فيتعين للقراض». «روضة الطالبين» (٥/ ١١٨).

(٢) تقدمت المسألة قبل قليل.
انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٦)، «التهذيب» (٤/ ٣٧٩)، «المهذب» (١٤/ ٣٥٨).

(٣) عند أبي يوسف: تجوز المضاربة بالدراهم والدنانير المغصوبة، ويبرأ الغاصب من ضمانها بأخذه في العمل وهو الشراء، حيث تصير أمانة في يده حينذاك. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٢)، «المبسوط» (٢٢/ ٢٩).

(٤) عند المالكية: القراض بالدين أو الرهن أو الوديعة، لا يجوز ابتداء إلا إذا قبضها المالك، أو أحضر العامل المال وأشهد عليه أو على وزنه، فيزول عن ضمانه ويجوز القراض.
وقال القاضي أبو محمد فيمن غصب دنانير أو دراهم ثم ردها فقال المغصوب منه «لا أقبضها، ولكن أعمل بها قراضاً»: إن ذلك جائز. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٤٧)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٥٨ - ٣٥٩)، «الخرشي» (٦/ ٢٠٤)، «المنتقى» (٥/ ١٥٥).

(٥) قوله: (وهو وجه لنا) زيادة في (ز).
وذكر الماوردي أن هناك وجهاً ثالثاً: أنه إن عاقد عليها بأعيانها بريء من ضمانها، وإن عاقد عليها في ذمته لم يبرأ. =

قال:

(وأردنا بـ«الـمُسلَّم»: أن يكونَ في يدِ العامل[١]، فلو شرطَ المالكُ أن يكونَ له يد[٢]، أو يُراجَعَ في الـتصَرُّف، أو يُراجَعَ مُشرِفُه: فسدَ القِراض؛ لأنه تضييقٌ للتجارة. ولو شرطَ أن يعملَ معه غلامُ المالكِ جاز؛ على النصّ).

الشرط الرابع: أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل[٣]، ويستقل باليد عليه، والتصرّف فيه.

فلو شرط المالك «أن يكون الكيس في يده، يوفي[٤] الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً»، أو شرط «أن يراجعه العامل في التصرفات» أو «يراجع مشرفاً نصبه»: فسد القراض[٥]؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة، أو لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابح، والقراض[٦] موضوع تمهيداً[٧] وتوسيعاً لطريق التجارة، ولهذا الغرض احتمل فيه ضرب من الجهالة، فيصان عما يخل به.

= وهذه المسألة المذكورة بكمالها (في ما لو تقارض معه على الدراهم والدنانير التي غصبها)، هذا في ما لو لم يصرّح المالك بإبراء الغاصب من ضمانها. فإن صرّح بإبرائه، صح القراض، لأنها حينئذ تصير وديعة. ذكر ذلك الماوردي، دون ذكر خلاف فيها. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٧).
والإمام الرافعي ذكر المسألة كما في «التهذيب» (٤/ ٣٧٩)، و«المهذب» (١٤/ ٣٥٨).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المعامل).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أن يكون في يده أو أن يكون له يد).

(٣) أي استقلالية العامل بالمال تصرفاً ويداً.

(٤) في (ز): (يوفر)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (ليوفي).

(٥) هذا إذا رد إلى المشرف تدبيراً أو عملًا. فإن رد إليه مشارفة عقود العامل ومطالعة عمله من غير تدبير ولا عمل فوجهان، لأنه (أي المشرف) حينئذ يكون حافظاً. انظر: «الحاوي» (٩/ ١١١).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فالقراض).

(٧) قوله: (تمهيداً) زيادة في (ي)، (ز).

ولو شرط «أن يعمل معه المالك بنفسه»، فسد أيضاً[١]؛ لأن انقسام التصرف يفضي إلى انقسام اليد ويبطل الاستقلال. وفي «الرقم» لأبي الحسن العبادي: أن أبا يحيى البلخي: جوّز ذلك على طريق[٢] المعاونة والتبعية، والمذهب الأول.

ولو شرط «أن يعمل معه غلام المالك» فوجهان[٣]، ويقال قولان:

أحدهما: أنه لا يصح أيضاً، كما لو شرط أن يعمل بنفسه؛ لأن يد عبده يده.

والثاني ـ وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق والأكثرون ـ: أنه يجوز[٤]؛ لأن العبد مال يدخل تحت اليد، ولمالكه إعارته وإجارته، فإن دفعه إلى العامل، فقد جعله معيناً وخادماً للعامل فوقع تصرفه للعامل تبعاً لتصرفه، بخلاف ما إذا شرط المالك أن يعمل بنفسه، فإنه لا وجه لجعله تابعاً، وموضع[٥] الخلاف: ما إذا لم يصرح بحجر العامل.

فأما إذا قال: «على أن يعمل معك[٦] غلامي[٧]، ولا تتصرف دونه» أو «يكون بعض المال في يده»، فسد لا محالة.

---

(١) قال الماوردي: «ولو شرط أن يعمل مع العامل بنفسه بكل القراض». «الحاوي» (٩/ ١٠٩)، انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٣).

(٢) في (ز): (سبيل).

(٣) كذا في «الحاوي» (٩/ ١٠٩)، «التهذيب» (٤/ ٣٨٣).

(٤) قال البغوي: «وهو ظاهر النصّ». «التهذيب» (٤/ ٣٨٣).

قال الشافعي: «وإن قارضه وجعل رب المال معه غلامه، وشرط أن الربح بينه وبين العامل والغلام أثلاثاً، فهو جائز». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٥) في (ط العلمية): (وموضوع).

(٦) في (ي)، (ط الفكر): (معه).

(٧) في (ز): (عبدي).

ولو شرط في المضاربة: «أن يعطيه بهيمة يحمل عليها»، ففي «التتمة»: أنه على الخلاف في مسألة الغلام. ومنهم من قال: قضية كلامه: القطع بالجواز.

ولو لم يشترط عمل[١] الغلام معه، ولكن شرط أن يكون ثلث[٢] الربح له، والثلث لغلامه، والثلث للعامل جاز، وحاصله: اشتراط ثلثي الربح لنفسه[٣]، نصّ عليه في «المختصر»[٤] حيث قال: «وإن قارضه، وجعل معه رب المال غلامه، وشرط أن الربح بينه وبين العامل والغلام أثلاثاً، فهو جائز، وكان لرب المال الثلثان».

واعلم: أن من لم يجوّز شرط عمل الغلام، قال: المراد من هذا النص أن يُجعل[٥] مع العامل في قسمة الربح لا في العمل، ومن جوّزه عمل بإطلاقه، وقال: لا فرق بين شرط عمله وبين تركه، وهذا ما ينزل عليه قوله في الكتاب: (جاز على النص)، ولو شرط ثلث الربح لحر، فسيأتي في الركن الثالث.

فرع:

قال في «التتمة»: لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة، فقال لشريكه: «قارضتك على نصيبي منها»، صحّ؛ إذ ليس فيه إلا الإشاعة، وإنها[٦] لا تمنع صحة التصرفات.

---

(١) قوله: (عمل) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ط العلمية): (ثلثي).

(٣) وهذا لأن مال غلامه له، إذ العبد لا يملك شيئاً. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٨).

(٤) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٥) في (ز): (يجعله).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإنها).

قال: وعلى هذا لو خلط ألفين بألف لغيره، ثم قال صاحب الألفين للآخر: «قارضتك على أحدهما، وشاركتك في الآخر»، فقبل[١] جاز، وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض، ويشتركان في التصرف في باقي المال، ولا يخرج على الخلاف في الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين؛ لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالصرف.

فرع آخر[٢]:

ولا يجوز أن يجعل رأس مال القراض سكنى دار[٣]، فإن العروض إذا لم تجعل رأس مال فالمنافع أولى، وهذا يمكن فهمه من الضبط الموجود في الكتاب والله أعلم.

* * *

---

(١) قوله: (فقبل) سقط من (ز).

(٢) قوله: (فرع) زيادة في (ز).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٧٨).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الثاني: العملُ: وهو عِوَضُ الرِّبح، وشروطُه ثلاثة[١]؛ وهي: أن يكون تجارة غيرَ مُضيَّقةٍ بالتعيين والتأقيت.

احترَزْنا بـ«التجارة» عن الطبخ والـخَبْزِ والحِرْفة؛ فإن عقَدَ القِراضَ على الحِنطةِ ليربحَ بذلك فهو[٢] فاسد. أما النَّقلُ والكَيلُ والوَزنُ ولَواحِقُ التجارةِ تبَعٌ للتجارة. والتجارةُ هي: الاسترباحُ بالبيعِ والشراءِ لا بالحِرْفةِ والصَّنْعة).

لما تكلم في رأس المال وشرائطه، أخذ يتكلم في ما يقابله من طرف العامل، وهو العمل، ويشترط فيه أمور:

أحدها: كونه تجارة، ويتعلق بهذا القيد صور:

منها: لو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها، والطعام ليطبخه[٣] ويبيع[٤] والربح بينهما، فهو فاسد، وتوجيهه الملتئم من كلام الأصحاب[٥]: أن الطبخ والخبز ونحوهما أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، وما يمكن الاستئجار عليه[٦] يستغنى[٧] عن القراض، إنما القراض لما لا يجوز الاستئجار عليه وهو التجارة التي لا ينضبط قدرها، وتمس الحاجة إلى العقد عليها، فيحتمل فيه للضرورة جهالة العوضين.

---

(١) في (ز): (وشرائطه ثلاث).

(٢) قوله: (فهو) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) في (ي)، (ز): (ليطحنه).

(٤) في (ز): (ويبيعه).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٥).

(٦) من قوله: (وما يمكن) إلى هنا سقط من (ي).

(٧) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيستغني).

وعلى هذا القياس ما إذا اشترط عليه أن يشتري الغزل فينسجه أو الثوب فيقصره أو يصبغه[١].

ولو اشترى العامل الحنطة وطحنها من غير شرط:

فعن القاضي حسين في آخرين: أنه يخرج الدقيق عن[٢] كونه مال قراض، ولو لم يكن في يده غيره ينفسخ القراض؛ لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط، بل على التغيير[٣] الحاصل في مال القراض بفعله، وغير التجارة لا يقابل بالربح المجهول. وعلى هذا، فلو أمر المالك العامل بأن يطحن حنطة مال القراض، كان فاسخاً للعقد.

والأظهر ـ وإليه ميل الإمام، وهو المذكور في «التهذيب»[٤] ـ: أن القراض بحاله.

ويلتحق ذلك بما إذا زاد عبد القراض بكبر أو سمن، أو بتعلم صنعة[٥]، فإنه لا يخرج عن كونه مال القراض[٦]. ولكن العامل إذا استقل بالطحن صار ضامناً، وعليه الغرم إن فُرض نقص في الدقيق، فإن باعه لم يكن الثمن مضموناً عليه؛ لأنه لم يتعدّ فيه. ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة على المالك، ولو استأجر عليه أجيراً فآجرته عليه، والربح بينه وبين المالك كما شرطا[٧].

---

(١) وللعامل أجر المثل في ما عمل. «التهذيب» (٤/ ٣٨٥).

(٢) في (ط الفكر): (من).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (والتعبير).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٣٨٥).

(٥) قوله: (أو بتعلم صنعة) سقط من (ز).

(٦) قوله: (القراض) سقط من (ز).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٥).

ومنها: لو قارضه على دراهم، على أن يشتري بها[١] نخيلًا أو دواب، أو مستغلات ويمسك[٢] رقابها[٣] لثمارها أو نتاجها أو غلاتها، وتكون الفوائد بينهما، فهو فاسد؛ لأنه ليس استرباحاً بطريق التجارة، إذ التجارة هي[٤] التصرف بالبيع والشراء، وهذه الفوائد تحصل من عين[٥] المال لا من تصرّفه[٦].

ومنها: لو شرط عليه أن يشتري شبكة [٧] ويصطاد بها، ليكون الصيد بينهما فهو فاسد، ويكون الصيد[٨] للصائد وعليه أجرة الشبكة.

وقوله في الكتاب: (العمل، وهو عوض الربح)، كأن المراد منه[٩]: أن قضية ملك المالك رأس المال ملكه[١٠] الربح، فالقدر المشروط للعامل إنما ملكه عوضاً عن عمله للمالك، وربما يقال: رأس المال والعمل عوضان متقابلان، ونعني به أن رأسَ المال من المالك والعملَ من العامل يتقابلان، والربح يحصل من معاونتهما.

وقوله: (فإن عقد القراض على الحنطة ليربح بذلك فهو فاسد)، أي:

---

(١) قوله: (بها) زيادة في (ط العلمية).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ويمسك زمامها).

(٣) قوله: (رقابها) سقط من (ط الفكر).

(٤) قوله: (هي) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ط الفكر): (غير).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٣)، «التهذيب» (٤/ ٣٨٥).
قال الشافعي: «أو نخلاً أو دوابَّ يطلبُ ثمر النخل ونتاج الدواب ويحبس رقابها، فإن فعل فذلك كله فاسد، فإن عمل فيه فله أجر مثله والربح والمال لربه». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٧) في (ط العلمية): (شبكة الصيد).

(٨) قوله: (الصيد) سقط من (ط الفكر).

(٩) في (ي)، (ز): (فيه).

(١٠) في (ط العلمية): (وملكه).

بالطحن والخبز، وفي الصورة التي صورها للفساد سبب آخر، وهو كون رأس المال عوضاً[١]، وإنما الصورة التي تختص بما نحن فيه: أن يقارضه على دراهم على أن يشتري بها حنطة، ويطحن ويخبز، على ما سبق.

وقوله: (أما النقل والوزن ولواحق التجارة تبع للتجارة)، معناه: أن هذه الأعمال وإن كان العامل يأتي بها على ما[٢] سنبين في الباب الثاني ما على العامل، فليس ذلك كالطحن والخبز، فإنها من توابع التجارة ولواحقها التي أنشئ[٣] العقد لها.

قال:

(ثُمَّ لو[٤] عيَّنَ الخَزَّ الأدكَنَ[٥] أو الخيلَ الأبلَقَ[٦] للتجارةِ عليه[٧]، أو عيَّنَ شخصاً للمُعامَلةِ معه: فهو فاسد (ح و)؛ لأنه تضييق. ولو عيَّنَ جنسَ الخَزِّ أو البَزِّ[٨] جاز؛ لأنه مُعتاد).

---

(١) ومثل هذه الصورة: لو دفع إلى نسّاج غزلًا لينسجه ويكونا شريكين في فضل ثمنه لم يجز، والثوب لصاحب الغزل وعليه أجرة مثله. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٨).

(٢) قوله: (ما) سقط من (ي).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (انبنى).

(٤) في (ز): (ولو).

(٥) الأدكن: الدكنة ـ بالضم ـ: لون يضرب إلى الغبرة بين الحمرة والسواد. يقال: دَكِن (كفرح) الثوب، أي اتسخ واغبر لونه. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٩٨) (الدكة)، «تاج العروس» فصل الدال، باب النون (٩/ ٢٠١) (دَكِن).

(٦) الأبلق: البَلَق ـ محركة ـ: سواد وبياض كالبُلقة بالضم. وهما مصدر الأبلق، وهو ارتفاع التحجيل إلى الفخذين. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب القاف (٦/ ٢٩٨) (بَلِق).

(٧) في (ز): (فقد ضيق عليه).

(٨) البز ـ بالفتح ـ: نوع من الثياب، وقيل الثياب خاصة من أمتعة البيت، وقيل أمتعة التاجر من الثياب. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٤٧) (البز).

الأمر الثاني: ألا يكون مضيقاً عليه بالتعيين[١]، فلو عين نوعاً للاتجار فيه، نظر: إن كان مما يندر وجوده كالياقوت الأحمر، والخز الأدكن، والخيل البلق، والصيد حيث يوجد نادراً، فسد القراض، فإن هذا تضييق يخل بالمقصود[٢].

وإن لم يكن نادر الوجود، نظر: إن كان يدوم شتاء وصيفاً كالحبوب والحيوان والخز والبز، صح القراض[٣]. وإن لم يدم كالثمار الرطبة، فوجهان[٤]:

أحدهما: أنه لا يجوز، كما إذا قارضه مدة ومنعه من التصرف بعدها. نعم، لو قال: «تصرف فيه، فإذا انقطع، فتصرف في كذا»، جاز.

وأصحهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه يجوز، لأنه لا[٥] يمنع التجارة في تلك المدة[٦].

ويخالف ما إذا قارضه مدة؛ لأنها قد تنقضي قبل أن يبيع ما عنده من العروض، وهذا النوع يسهل[٧] التصرف فيه ما دام موجوداً، وإذا انقطع لم يبق عنده شيء.

---

(١) عقد القراض قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً، والعام: أن يطلق تصرف العامل في كل ما يرجو فيه ربحاً. والخاص: أن يختص العامل على نوع واحد، وهو على ثلاثة أضرب، الأول: ما يوجد في عموم الأحوال، كالحنطة. الثاني: ما يوجد وقد لا يوجد، وهو النادر، كالخيل البلق، والياقوت الأحمر. الثالث: ما يوجد في زمان دون غيره، كالثمار والفواكه الرطبة. انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٤ – ١١٥).

(٢) في (ي)، (ط الفكر): (بمقصوده)، وفي (ط العلمية): (بقصوده).
وهو أيضاً: «على غير ثقة من وجوده». «الحاوي» (٩/ ١١٥).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٤).

(٤) اقتصر على الوجه الأول، البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٨٤ – ٣٨٥).
وقال الماوردي بالبطلان في ما لو كان العقد في غير أوان تلك الثمار. فإن كان العقد في أوانها، فالعقد جائز. فإن انقطعت الثمار فوجهان. انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٥).

(٥) قوله: (لا) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٦) في (ز): (البلدة).

(٧) كذا في (ز)، وفي غيرها: (سهل).

ولو قال: «لا تَشتَرِ إلا هذه السلعة» أو «إلا هذا العبد»، فسد القراض[١]، بخلاف ما إذا قال: «لا تَشتَرِ هذه السلعة وهذا العبد»؛ لأن في ما سواهما مجالاً واسعاً. وكذا لو شرط «ألا يبيع إلا من فلان» أو «لا يشتري إلا منه»، لم يجز[٢]، ولو قال: «لا تبع من فلان ولا تَشتَرِ منه»، جاز. وفي «بعض شروح المفتاح»: أنه لا يجوز، كما لو قال: «لا تبع إلا منه». والمذهب الأول، وبقولنا قال مالك[٣].

وقال أبو حنيفة[٤] وأحمد[٥]: يجوز أن يعين سلعة للشراء وشخصاً للمعاملة معه، كما في الوكالة.

وعن القاضي أبي الطيب، أن الماسرجسي قال: إذا كان الشخص المعين بياعاً لا ينقطع عنده المتاع الذي يتجر على نوعه غالباً، جاز تعيينه.

---

(١) «لأنه قد يتلف ذلك المعين فلا يقدر على شراء غيره، أو قد لا يُباع إلا بما لا فضل في ثمنه». «الحاوي» (٩/ ١١٢). وهذه المسألة نصّ عليها في «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٢) «لأن فلاناً قد يموت قبل مبايعته، وقد لا يرغب في مبايعته، أو لا يبايعه إلا بما لا فضل في ثمنه». «الحاوي» (٩/ ١١٢).

(٣) لما فيه من التحجير على العامل. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٦٣)، «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢١)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣٦٢)، «الخرشي» (٦/ ٢٠٨).

(٤) عند الحنفية: يجوز تعيين سلعة للمضاربة بها، لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعض، وكذا الناس مختلفون في ذلك، فقد يهتدي الإنسان إلى بعض التجارة دون بعض، فكان هذا الشرط مفيداً فيتقيد به العامل.
وكذلك لو عين له شخصاً للمعاملة معه، لاختلاف الناس في الثقة والأمانة وملاءة الذمة وقضاء الديون. ولأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح، لكونه أسهل في البيع، وقد يكون أوثق على المال، فيجوز اشتراطه.
وعندهم: يجب التقيد بتخصيص المالك، لأن المضاربة وكالة، وفي التخصيص فائدة. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩٩ - ١٠٠)، «المبسوط» (٢٢/ ٤١ - ٤٢)، «الاختيار» (٣/ ٢١).

(٥) «الكافي» (٢/ ٢٧٠)، «المبدع» (٥/ ١٤ - ١٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٣٢٥).

فرع:

في اشتراط تعيين نوع يتصرّف فيه، مثل الخلاف المذكور في الوكالة، والظاهر ـ وهو الذي أورده في «النهاية»[١] ـ: أنه لا يشترط؛ لأن الوكالة نيابة محضة، والحاجة تمس إليها في الأشغال الخاصة، والقراض معاملة يتعلق بها غرض كل واحد من المتعاقدين، فمهما كان العامل أبسط يداً كانت أفضى إلى مقصودها.

فرع:

إذا جرى تعيين صحيح، لم يكن للعامل مجاوزته، كما في سائر التصرفات المستفادة من الإذن، فالإذن[٢] في البزّ يتناول ما يلبس من المنسوج من الإبريسم[٣] والقطن والكتان والصوف، دون الفرش والبسط.

وفي الأكسية وجهان[٤]؛ لأنها ملبوسة، لكن بائعها لا يسمى بزازاً[٥].

قال:

(ولو ضيَّقَ بالتأقيت ـ إلى سَنةٍ مَثلاً ـ ومنعَ من البيعِ بعدَها فهو فاسد؛ فإنه قد لا يَجِدُ زَبوناً قبلَها. وإن قيَّـدَ الشراءَ وقال: «لا تشتري بعدَ السَّنة، ولك البيع»، فوجهان؛ إذ المنعُ من الشراءِ مقدورٌ له في كلِّ وقتٍ

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٥١).

(٢) في (ي)، (ز): (والإذن).

(٣) الإبريسم ـ بفتح السين وضمها ـ: الحرير، وخصه بعضهم بالخام. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الميم (٨/ ١٩٩) (برسم).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٥). وقال النووي: «أصحهما المنع». «روضة الطالبين» (٥/ ١٢١).

(٥) كأنه يشير بقوله: (لكن بائعها لا يسمى بزازاً)، إلى الوجه الثاني القائل بعدم الجواز، لخروج الأكسية عن اسم البز. انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٤).

فأمكن شرطُه. فإن قال: «قارضتُك سَنة» مُطلِقاً؛ فعلى أي القِسمَين يُنزَّل؟ فيه وجهان).

الأمر الثالث: ألا يضيق بالتأقيت[1].

واعلم أولاً أن القراض لا يعتبر فيه بيان المدة، بخلاف المساقاة؛ لأن المقصود من المساقاة ينضبط بالمدة، فإن للثمر وقتاً معلوماً والمقصود من القراض ليس له مدة مضبوطة، فلم يشترط فيه التأقيت. فلو أقّت وقال: «قارضتك سنة»، فينظر: إن منعه من التصرف بعدها مطلقاً، أو من البيع، فهو فاسد[2]؛ لأنه يخل بمقصود العقد، ويخالف مقتضاه.

أما الأول: فلأنه لا يجد راغباً في المدة، فلا تحصل التجارة والربح. وأما الثاني: فلأنه قد يكون عنده عروض عند انقضاء السنة، وقضية القراض أن ينقض العامل ما في يده في آخر[3] الأمر؛ ليتميز رأس المال من[4] الربح[5].

وإن قال: «على ألا تشتري[6] بعد السنة، ولك البيع»، فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن ما وضعه على الإطلاق من العقود لا يجوز فيه التأقيت. وهذا الوجه، ذكر الإمام[7] أن العراقيين نسبوه إلى أبي الطيب بن سلمة[8]، ولا يكاد

---

(١) قال الشافعي: «ولا يجوز أن يقارضه إلى مدة من المدد». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).
(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٠).
(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (الآخر).
(٤) في (ز): (عن).
(٥) المقصود: أنه لا بد وأن يحوّل العامل ما بقي عنده من البضاعة إلى نقد، في آخر الأمر، وهذا لن يكون إلا بالبيع.
(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أشتري).
(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٥٣-٤٥٤).
(٨) في (ي): (ابن سلمة، في ما علقه من الزيادات على الشرح).

يوجد ذلك في كتبهم. نعم، يقولون: إن أبا الطيب الساوي[1] حكاه عن أبي إسحاق في ما علقه من الزيادات على «الشرح»، فكأنه اشتبه عليه أبو الطيب بأبي الطيب.

وأصحهما: الجواز[2]؛ لأن المالك يتمكن من منعه من الشراء مهما شاء، فجاز أن يتعرض له في العقد، بخلاف المنع من البيع.

ولو اقتصر على قوله «قارضتك سنة»، فوجهان:

أصحهما: المنع؛ لأن قضية انتهاء القراض امتناع التصرف بالكلية، ولأن ما يجوز فيه الإطلاق من العقود لا يجوز فيه التأقيت، كالبيع والنكاح.

والثاني: يجوز، ويحمل على المنع من الشراء استدامةً للعقد.

ولو قال: «قارضتك سنة على ألا أملك الفسخ قبل انقضائها»، فهو فاسد.

ولا يجوز أن يعلق القراض فيقول: «إذا جاء رأس الشهر، فقد قارضتك»، كما لا يجوز تعليق البيع ونحوه.

ولو قال: «قارضتك الآن، ولكن لا تتصرف حتى يجيء رأس الشهر»:

ففي وجه: يجوز، كالوكالة.

والأصح: يمنع، كما لو قال: «بعتك بشرط ألا تملك إلا بعد شهر» والله أعلم.

---

(١) أبو الطيب الساوي: محمد بن موسى الساوي، أبو الطيب، منسوب إلى ساوة وهي بلدة مشهورة. أخذ العلم عن أبي إسحاق المروزي. ذكره العبادي قبل أبي علي الزجاجي. انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (١/ ٣١٨ - ٣١٩) (٥٩٨)، «طبقات الشافعية» (ابن قاضي شهبة) (١/ ١٥٢) (١١٠)، «طبقات الشافعية» (الحسيني) ص٨١.

(٢) اقتصر عليه الماوردي. «الحاوي» (٩/ ١١٠).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ[١] الثالث: الرِّبح: وشرائطُه أربعٌ: وهي أن يكون: مخصوصاً بالعاقدَين، مُشترَكاً، معلوماً، بالـجُزئيّةِ لا بالتقدير.

وعنَينا بـ «الخصوص»: أنه لو أُضيفَ جُزءٌ من الربحِ إلى ثالثٍ لم يجُز.

وبـ «الاشتراك»: أنه لو شُرِطَ الكلُّ للعاملِ أو للمالكِ فهو فاسد (م).

وبكونِه «معلوماً» احترَزْنا عما إذا قال: «لك من الربح ما شَرَطَه فلانٌ لفُلان» فإنه مجهول. ولو قال: «على أنّ الربحَ بينَنا»، ولم يقلْ: «نِصفَين»؛ فالأظهر: (و) التنزيلُ على التنصيف[٢].

واحترَزْنا بـ«الـجُزئيّة» عما إذا قال: «لك مِن الربحِ مئةٌ» أو «درهم»، أو «لي درهمٌ والباقي بينَنا»؛ فكلُّ ذلك فاسد؛ إذ ربما لا يكونُ الربحُ إلا ذلك المقدار[٣]).

في الربح شروط:

أحدها: أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين، فلو شرط بعضه لثالث، فقال: «على أن يكون ثلثه لك، وثلثه لي، وثلثه لزوجتي» أو لأمي[٤] أو لابني[٥] أو لأختي

---

(١) قوله: (الركن) زيادة في (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (التنصيف ليصح).

(٣) في (ز): (القدر).

(٤) قوله: (لأمي) سقط من (ي)، (ز).

(٥) قوله: (أو لابني) سقط من (ط الفكر).

أو لأجنبي[١]، لم يصح القراض؛ لأنه ليس بعامل ولا مالك للمال، إلا أن يشترط عليه العمل معه[٢]، فيكون قراضاً مع رجلين[٣]. ولو كان المشروط له عبد المالك أو العامل، كان ذلك مضموماً إلى ما شُرط[٤] للمالك أو العامل، على ما تقدم.

ولو قال: «نصف الربح لك، ونصفه لي، ومن نصيبي نصفه لزوجتي»، صح القراض[٥]، وهذا وعد منه لزوجته. ولو قال للعامل: «لك كذا على أن تعطي ابنك ـ أو امرأتك ـ نصفه»، فعن القاضي أبي حامد: إن ذكره شرطاً فسد القراض، وإلا لم يفسد.

الثاني: أن يكون مشتركاً بينهما، فلو قال: «قارضتك على أن يكون جميع الربح لك»، ففي حكمه وجهان:

أصحهما: أنه قراض فاسد؛ رعاية للفظ[٦].

والثاني: أنه قرض[٧] صحيح؛ رعاية للمعنى. ويروى هذا عن أبي حنيفة[٨].

---

(١) قوله: (أو لأجنبي) زيادة في (ط العلمية).

(٢) أطلق الماوردي البطلان ولو شرط عمل أبيه أو زوجته معه. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٩).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٢).

(٤) قوله: (إلى ما شُرط) سقط من (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٩).

(٦) قوله: (رعاية للفظ) سقط من (ز).
وقطع الماوردي بالفساد أيضاً، وللعامل أجرة المثل. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٤).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (قراض).

(٨) وهذا عندهم، لأنه إذا لم يمكن تصحيحه قراضاً، يصحح قرضاً، لأنه أتي بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها.
وهو قرض، لأن كل ربحٍ لا يُملك إلا بملك رأس المال، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال، فيكون قرضاً. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٦)، «الاختيار» (٣/ ٢٠)، «المبسوط» (٢٢/ ٢٤).

ولا يجيء الوجه الثاني في مثله من المساقاة؛ لتعذر القرض[١].

ولو قال: «قارضتك على أن[٢] الربح كله لي»، فهو قراض فاسد، أو إبضاع[٣] أو قرض[٤]؟ فيه الوجهان[٥].

وعن مالك[٦] رضي الله عنه: أنه يصح القراض في الصورتين[٧]، ويجعل كأن الآخر وهب نصيبه من المشروط له.

ولو قال: «أبضعتك على أن نصف[٨] الربح لك»، فهو إبضاع، أو قراض[٩]؟ فيه الوجهان[١٠].

ولو قال: «خذ هذه الدراهم، فتصرف فيها، والربح كله لك»، هو قرض صحيح[١١] عند ابن سُريج والأكثرين، بخلاف ما لو قال: «قارضتك على أن الربح كله لك»؛ لأن اللفظ يصرح بعقد آخر.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (القراض).

(٢) في (ز): (أن يكون).

(٣) تقدم معنى الإبضاع.

والإبضاع يقتضي كون الربح لمالك المال، حيث العامل فيه متبرع.

(٤) قوله: (أو قرض) زيادة في (ز).

(٥) وقطع الماوردي بالفساد، وقال: «وفي استحقاق العامل أجرة مثله، وجهان». «الحاوي» (٩/ ١٣٤).

(٦) «المدونة الكبرى» (٤/ ٤٨)، «المنتقى» (٥/ ١٥٢)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٢٣)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٥٦، ٣٦٣)، «الخرشي» (٦/ ٢٠٩).

(٧) قوله: (في الصورتين) سقط من (ز).

(٨) قوله: (نصف) سقط من (ز).

(٩) لأن مقتضى القراض موجود في عبارته، وهو جعلُ جزءٍ من الربح للعامل.

(١٠) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٩)، «التهذيب» (٤/ ٣٨١).

(١١) لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض، وقد قرن به حكم القرض فانعقد القرض به. «المهذب» (١٤/ ٣٦٦).

وقال الشيخ أبو محمّد: لا فرق بين الصورتين.

وعن القاضي الحسين[1]: أن الربح والخسران للمالك، وللعامل أجرة المثل، ولا يكون قرضاً؛ لأنه لم يملكه.

ولو قال: «تصرف فيها والربح كله لي»، فهو إبضاع[2].

الثالث: أن يكون معلوماً، فلو قال: «قارضتك على أن لك في الربح شركة» أو «شركاً» أو «نصيباً»، فسد. ولو قال: «لك[3] مثل ما شرطه فلان لفلان»، فإن كانا عالمين بالمشروط لفلان، صح. وإن جهلاه أو أحدهما فسد[4]. ولو قال: «على أن الربح بيننا» ولم يقل: «نصفين»، فوجهان[5]:

أحدهما: الفساد؛ لأنه لم يبين ما لكل واحد منهما، فأشبه ما إذا اشترط أن يكون الربح بينهما أثلاثاً، ولم يبين من له الثلثان، ومن له الثلث.

وأظهرهما ـ على ما ذكره في الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، وحكاه عن ابنِ سُريج ـ: أنه يصح، وينزل على النصف، كما لو قال: «هذه الدراهم بيني وبين فلان»، يكون إقراراً بالنصف.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٣٨١).

(٢) «لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة، وقد قرن به حكم البضاعة، فكان بضاعة». «المهذب» (١٤/ ٣٦٦). انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨١).

(٣) قوله: (لك) سقط من (ز).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٠).

قال الـمُـزَنيّ عن الشافعي: «فإن قال: «خذها قراضاً ـ أو مضاربة ـ على ما شرط فلان من الربح لفلان»، فإن علما ذلك فجائز، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٢). فإن علما المقدار بعد ذلك، لم يصح القراض لوقوعه فاسداً. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٧).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٩).

ولو قال: «على أن ثلث الربح لك، وما بقي فثلثه لي، وثلثاه لك»، صح، وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل[١]؛ لأن الحساب من[٢] عدد لثلثه ثلث وأقله تسعة[٣]. وهذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذه اللفظة كم هو، فإن جهلاه أو أحدهما فوجهان، أحدهما ـ عن صاحب «التقريب» الذي أورده صاحب «الشامل» منهما ـ: الصحة؛ لسهولة معرفة ما تضمنه اللفظ[٤]. ويجري الخلاف في ما إذا قال: «على أن لك من الربح سدس ربع العشر»، وهما لا يعرفان قدره عند العقد، أو أحدهما.

الرابع: أن يكون العلم به من حيث الجزئية، لا من حيث التقدير[٥]، فلو قال: «لك من الربح» أو «لي منه درهم» أو «مئة والباقي بيننا بالسوية»، فسد القراض؛ لأنه ربما لا يربح[٦] إلا ذلك القدر[٧]، فيلزم اختصاص أحدهما بكل الربح[٨].

---

(١) قال الـمُـزَنيّ: «فإن قارضه بألف درهم على «أن ثلث ربحها للعامل، وما بقي من الربح فثلثه لرب المال وثلثاه للعامل»، فجائز، لأن الأجزاء معلومة». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٢) قوله: (لأن الحساب من) سقط من (ي)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (والحساب).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٧ - ١٤٨).

(٤) قال الماوردي: «وليس للإغماض في معاوضات العقود وجه يرتضى ولا حال تستحب، غير أن العقد لا يخرج به عن حكم الصحة إلى الفساد، ولا عن حال الجواز إلى المنع، لأنه قد يؤول بهما إلى العلم، ولا يُجهل عند الحكم». «الحاوي» (٩/ ١٤٨).

(٥) في (ط الفكر): (القدر).

(٦) في (ط العلمية): (ربح).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٢).

(٨) وموجب عقد القراض الاشتراك في الربح، حيث المال والعمل متقابلان. انظر: «الحاوي» (٩/ ١١١).

وكذا لو[1] قال: «لك نصف الربح سوى درهم». وكذا لو شرط «أن يوليه[2] سلعة كذا، إذا اشتراها برأس المال»؛ لأنه ربما لا يربح إلا عليها[3].

وكذا لو شرط «أن يلبس الثوب الذي يشتريه» و«يركب الدابة التي يشتريها»؛ لأن القراض جوز على العمل المجهول بالعوض المجهول للحاجة[4]، ولا حاجة إلى ضم ما ليس من الربح إليه[5]. ولأنه ربما ينقص بالاستعمال، ويتعذر عليه التصرف فيه[6].

ولو شرطا «اختصاص أحدهما بربح صنف من المال»، فسد أيضاً؛ لأنه ربما لا يحصل الربح إلا فيه. وكذا لو شرط «ربح أحد الألفين لهذا، وربح الألف الثاني لهذا»، أو شرط[7] «أن يكون الألفان متميزين».

ولو دفعهما إليه ولا تمييز، وقال: «ربح أحد الألفين لي، وربح الآخر لك»:

---

(١) في (ي): (ولو).

(٢) يوليه: أي يعطيه السلفة بالثمن الذي اشتراها به. من التولية وهي: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة. انظر: «تاج العروس» فصل الواو، باب الواو والياء (١٠/ ٤٠١) (ولي). وسمي هذا البيع «تولية، لأن البائع كأنه يجعل المشتري والياً لما اشتراه بما اشتراه». «أنيس الفقهاء» ص٢١١.

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١١١).

(٤) قوله: (للحاجة) سقط من (ز).

(٥) قوله: (إليه) سقط من (ز).

(٦) قال الشافعي: «ولا يشترط أحدهما درهماً على صاحبه وما بقي بينهما، أو يشترط أن يوليه سلعة أو على أن يرتفق أحدهما في ذلك بشيء دون صاحبه ....، فإن فعل فذلك كله فاسد». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١). انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٢).

(٧) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وشرط).

فعن بعض الأصحاب: أنه يصح، ولا فرق بينه، وبين أن يقول: «نصف ربح الألفين لك».

والأظهر ـ ويحكى عن ابنِ سريج ـ: أنه فاسد؛ لأنه خصصه بربح بعض المال، فأشبه ما إذا كان الألفان متميزين، وما إذا دفع إليه ألفاً على أن يكون له ربحها ليتصرف له في ألف آخر.

* * *

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ[1] الرابع: الصِّيغةُ: وهي أن يقول: «قارَضتُك ـ أو ضارَبتُك أو عامَلتُك على أنّ الرِّبحَ بينَنا نصفَين»، فيقول: «قَبِلْتُ». ولو قال: «على أنّ النِّصفَ لي» وسكتَ عنِ العاملِ فسد (و). ولو قال: «على أنّ النِّصفَ لك»، وسكت عن جانبِ نفسِه جاز).

القِراضُ والمضارَبة والمعاملة: ألفاظ[2] مستعملة في هذا العقد، فإذا قال: «قارضتك» أو «ضاربتك» أو «عاملتك على أن الربح بيننا كذا»، كان إيجاباً صحيحاً، ويشترط فيه القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود.

ولو قال: «خذ هذه الدراهم واتَّجِر فيها، على أن الربح بيننا كذا»؛ ففي «التهذيب»[3]: أنه يكون قِراضاً، ولا يفتقر إلى القبول، وهذا حكاه الإمام[4] عن القاضي الحُسَينِ. ثم قال: وقطع شيخي والطبقة العظمى من نقلة المذهب، أنه لا بد من القبول، بخلاف الجُعَالَةِ والوكالة، فإن القراض عقد مُعَاوَضَة يختص بمعين، فلا يشبه الوكالة التي هي إذن مجرد، والجعالة التي يتهم فيها العامل.

فإن قال: «قارضتك على أن نصف الربح لي»، وسكت عن جانب العامل، فوجهان:

أحدهما: أنه يصح، ويكون النصف الآخر للعامل؛ لأنه الذي يسبق إلى الفهم منه[5]، وبهذا قال ابنُ سُرَيج [6].

---

(١) قوله: (الرُّكن) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) قوله: (ألفاظ) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٧٩).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٣٦).

(٥) حيث إن بيان نصيب أحدهما يدل على أن الباقي للآخر. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٩).
وقال الغزالي: «أخذاً من الفحوى والعرف». «الوسيط» (٤/ ١١١).

(٦) انظر: «المرجعين السابقين» (الصفحتين نفسيهما).

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب[١]، وبه قال المُـزَنيّ[٢] ـ: أنه[٣] لا يصح؛ لأن الربح فائدة رأس المال، فيكون للمالك، إلا إذا نسب منه شيء إلى العامل، ولم ينسب إليه شيء[٤].

ولو قال: «على أن نصف الربح لك»، وسكت عن جانب نفسه: فالصحيح: الجواز[٥]، وما لا[٦] ينسب إلى العامل يكون للمالك بحكم الأصل، بخلاف الصورة السابقة.

وفي «النهاية»[٧] ذكر وجه ضعيف: أنه لا يصح حتى تجري الإضافة في الجزأين إلى الجانبين.

وإذا قلنا بالصحيح، فلو قال: «على أن لك النصف ولي السدس»، وسكت عن الباقي، صح، وكان الربح بينهما نصفين[٨]، كما لو سكت عن ذكر جميع النصف الآخر[٩].

---

(١) وكذا رجحه في «الوسيط» حيث قال: «لم يصح على المذهب» (٤/ ١١١). وهو قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة. ولم يرجح الماوردي أحدهما. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٩).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٠).

(٣) قوله: (أنه) زيادة في (ز)، (ط العلمية).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٩).

(٥) قال الماوردي: «صح القراض وجهاً واحداً». «الحاوي» (٩/ ١٤٩).

(٦) في (ي)، (ز): (ما لم)، والمثبت في النصّ من المطبوعتين.

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٥٥).

(٨) في (ز): (بينهما بالسوية).

(٩) قوله: (الآخر) زيادة في (ز).

قال الماوردي: «لو قال: «خذه قراضاً على أن لي نصف الربح ولك ثلث»، بطل على قول أبي إسحاق وأبي علي (والذي صححه الرافعي)، للجهل بحكم السدس الباقي. وصح فيه قول أبي العباس، وكان السدس المغفل ذكره لرب المال مضموماً إلى النصف». «الحاوي» (٩/ ١٤٩).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الخامسُ والسادس: العاقِدان: ولا يُشترَطُ فيهما إلا ما يُشترَطُ في الوَكيلِ والموَكِّل. نعم، لو قارضَ العاملُ غيره بمقدارٍ ما شُرِطَ له بإذنِ المالكِ ففيه وجهان؛ لأنّ وضعَ القراضِ أن يدورَ بينَ عامِلٍ ومالك).

صاحب الكتاب رحمه الله، قد يَعدُّ العاقدين ركنين كما فعل هاهنا وفي الوكَالـةِ[١]، وقد يَعدُّ العاقد مطلقاً رُكناً واحداً كما فعل في البيع[٢] والرهن[٣]، والغرض[٤] الأصلي لا يختلف، لكنه لو استمرّ على طريقة واحدة كان أحسن.

وفقه الفصل: أن القِرَاضَ توكيل وتوكل في شيء خاص وهو التجارة، فيعتبر في العامل والمالك ما يعتبر في الوكيل والموكل، فكما[٥] يجوز لولي الطفل التوكيل في أمور[٦] الطفل، كذلك يجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارض على مالهما، يستوي فيه الأب والجد ووصيهما، والحاكم وأمينه.

وهل يجوز لعامل القراض أن يقارض غيره؟ أما بإذن المالك فقد ذكره هاهنا، وأعاده مرة أخرى في الباب الثاني مع القسم الآخر وهو أن يقارض بغير إذن المالك، ونحن نشرح المسألة بقسميها هناك إن شاء الله تعالى.

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ١٨٩).

(٢) انظر: «الوجيز» (١/ ١٣٣).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ١٦٢).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (والفرض).

(٥) كذا في (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ي)، (ز): (وكذا).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أجور).

قال:

(ولـو كـانَ الـمالِكُ مريضاً وشَرَطَ ما يزيدُ على أُجرةِ المِثلِ للعامل؛ يُحسَبُ من الثُّلث؛ لأنّ التَّفويتَ هو الـمُقيَّدُ بالثُّلثِ والرِّبحُ غيرُ حاصل. وفي نظيره من الـمُساقاةِ خلاف؛ لأنّ النَّخيلَ قد تُثمِرُ بنَفسِها فهو كالحاصل. ولو تعَدَّدَ العاملُ واتَّـحَدَ المالكُ أو بالعكسِ فلا حرج).

فيه مسألتان:

إحداهما: لو قارض في مرض موته، صح، وإذا ربح العامل سلم له الجزء المشروط، وإن زاد على أجرة مثل عمله، ولا يحسب من الثلث؛ لأن المحسوب من الثلث ما يفوته من ماله، والربح ليس بحاصل حتى يفوته، وإنما هو شيء يتوقع حصوله، فإذا حصل حصل بتصرفات[1] العامل وكسبه[2].

ولو ساقى[3] في مرض الموت، وزاد الحاصل على أجرة المثل، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يُحسب من الثلث أيضاً؛ لأنه لم يكن حينئذ ثمرة، وحصولها منسوب إلى عمل العامل وتعهده.

وأشبههما: احتساب الزيادة من الثلث؛ لأن للثمار وقتاً معلوماً ينتظر، وهي قد تحصل من عين النخيل من غير عمل، فكانت كالشيء الحاصل، بخلاف الأرباح[4].

---

(١) في (ز): (بتصرف).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٠).

(٣) في (ط العلمية): (ساقاه).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥١).

الثانية: يجوز أن يقارض الواحد اثنين، وبالعكس[١].

ثم إذا قارض الواحد اثنين، وشرط لهما نصف الربح بالسوية، جاز. ولو شرط لأحدهما ثلث[٢] الربح، وللآخر ربعه، فإن أبهم، لم يجز، وإن عين الثلث لهذا والربع لهذا، جاز[٣]؛ لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين.

وقال مالك[٤]: لا يجوز؛ لاشتراكهما في العمل.

قال الإمام[٥]: وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال، فإن شرط على كل واحد منهما مراجعة الآخر، لم يجز. وما أرى أن الأصحاب يساعدونه عليه.

وإذا قارض اثنان واحداً، فليُبَيّنا نصيب العامل من الربح، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليهما. ولو قالا: «لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث، ومن نصيب الآخر الربع»، فإن أبهما لم يجز، وإن عينّا وهو عالم بقدر مال[٦] كل واحد منهما

---

(١) في (ط العلمية): (والعكس).
وهذا الجواز في تعدد المقارضين والعاملين: «لأنه عقد على منفعة، فصح مع الواحد والجماعة، كالوكالة والإجارة». «الحاوي» (٩/ ١٥٨).

(٢) في (ي)، (ط الفكر): (نصف).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٨).

(٤) عند المالكية: لا يجوز التفاضل في نسبة الربح بين العامليْن، لأنهما شريكان بأبدانهما، فكأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. وقال بعضهم: لو شرطا العمل على قدر أجزائهما من الربح يكون مكروهاً، ويمضي إن وقع. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٤٨)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٧)، «المنتقى» (٥/ ١٥٤)، «الخرشي» (٦/ ٢١٧).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٥٢).

(٦) قوله: (مال) زيادة في (ز).

جاز، إلّا أن يشترطا كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين[١]؛ لما فيه[٢] من شرط الربح لمن ليس بمالك، ولا عامل.

وعن أبي حنيفة[٣]: تجويز هذا الشرط.

قال:

(ومهما فسدَ القِراضُ بفَواتِ شرط؛ نفَذَ[٤] التصرُّفات، وسَلِمَ كُلُّ الربحِ للمالك، وللعاملِ أُجرةُ مِثلِه[٥]، إلا إذا فسدَ بأن شرُطَ كُلُّ الربحِ للمالك؛ ففي استحقاقِه الأُجرةَ وجهان؛ لأنه لم يطمعْ في شيءٍ أصلاً).

لما قضى حق القول في الأمور المعتبرة في القراض، بين حكمه إذا فسد بتخلف بعض الشروط، وله ثلاثة أحكام[٦]:

أحدها: نفوذ تصرفاته، نفوذها لو كان القِراض صحيحاً؛ لأنه يتصرف بالإذن، والإذن موجود، وهذا كما أن تصرف الوكيل نافذ مع فساد الوكالة، وليس كما إذا

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٨ - ١٥٩).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كافية).

(٣) الذي عند الحنفية: أن ذلك لا يصح أيضاً، لأن الذي يشرط لنفسه على غير ما تقتضيه نسبة ماله، يكون شارطاً لنفسه شيئاً من ربح مال صاحبه من غير أن يكون له فيه رأس مال أو عمل، وهذا شرط باطل. انظر: «المبسوط» (٢٢/ ٣٠).

ويجوز عندهم التفاضل بين المضاربين (العاملين) في نسبة الربح. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤٨).

(٤) الأولى أن يقول: نفذت.

(٥) في (ز): (المثل).

(٦) يجمعها قول الشافعي: «فإن فعل، فذلك كله فاسد، فإن عمل فيه فله أجر مثله، والربح والمال لربه». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١). انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٣)، «التهذيب» (٤/ ٣٨٥).

فسد البيع لا ينفذ تصرف المشتري؛ لأن المشتري إنما يتصرف بالملك، ولا ملك في البيع الفاسد.

والثاني: سلامة الربح بتمامه للمالك؛ لأنه فائدة ماله، وإنما يستحق العامل بعضه بالشرط في العقد الصحيح.

والثالث: استحقاق العامل أجرة مثل عمله، سواء كان في المال ربح، أو لم يكن؛ لأنه عمل طمعاً في المسمى، فإذا لم يسلم إليه وجب أن يرد عمله عليه، وإنه متعذر، فتجب قيمته، كما إذا اشترى شيئاً شراء فاسداً، وقبضه فتلف تلزمه قيمته.

وعن مالك[١]: أنه إن لم يحصل منه ربح، فلا شيء له، وإن حصل فله ما يقارض به مثله في مثل ذلك المال.

وهذه الأحكام مطردة في صورة الفساد. نعم، لو قال: «قارضتك على أن جميع الربح لي»، وفرعنا على أنه قِراضٌ فاسد لا إبضاع، ففي استحقاق العامل أجرة المثل وجهان:

أحدهما: يستحق، كما في سائر أسباب الفساد[٢].

وأصحهما ـ وبه[٣] قال الـمُـزَنيّ[٤] ـ: المنع؛ لأنه عمل مجاناً غير طامع في شيء[٥].

---

(١) انظر: «المدونة» (٤/ ٤٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٠ - ٣٦١)، «الخرشي» (٦/ ٢٠٥).

(٢) كالمنكوحة على غير مهر تستحق مع الرضا بذلك مهر المثل. وهذا قول ابن سريج. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٤).

(٣) قوله: (وبه) زيادة في (ي)، (ز).

(٤) «الحاوي» (٩/ ١٣٤)، «التهذيب» (٤/ ٣٨١).

(٥) لأن رضاه بأن يعمل ولا ربح له يدل على أنه متطوع بعمله. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٤).

فرع:

قال الـمُـزَنيّ في «المختصر»: «لو دفع إليه ألف درهم، وقال: «اشتر بها هروياً أو مروياً بالنصف»، فهو فاسد»[١]، واختلفوا في تعليله: فالأصح ـ وفي[٢] سياق الكلام ما يقتضيه[٣] ـ: أن الفساد باعتبار أنه تعرض للشراء دون البيع[٤]، وهذا جواب على أصح الوجهين في[٥] أن التعرض للشراء لا يغني عن التعرض للبيع، بل لا بد من لفظ المضاربة ونحوها؛ ليتناول البيع والشراء، أو من التصريح بالبيع والشراء جميعاً.

وإذا اقتصر على الشراء، فللمدفوع إليه الشراء[٦] دون البيع، والربح كله للمالك، والخسران عليه[٧].

وفيه وجه: أن التعرض للشراء كافٍ، وهو ينبه على البيع بعده.

وفي ما إذا أتى بلفظ المضاربة والقراض[٨] أيضاً، حكاية وجه ضعيف في «النهاية»[٩]: أنه كما لو قال: «اشتر»، ولم يتعرض للبيع.

---

(١) «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وهو).

(٣) وهو قول الـمُـزَنيّ: «لأنه لم يبين، فإن اشترى فجائز وله أجر مثله، وإن باع فباطل، لأن البيع بغير أمره» «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٤) «وهو اختيار أبي إسحاق المروزي»، «الحاوي» (٩/ ١٤٦). وكذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٨٢).

(٥) قوله: (في) زيادة في (ي)، (ز).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الاقتصار على الشراء).

(٧) وللعامل أجرة مثله، لأنه مأمور بالشراء، وإن باع فالبيع باطل. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٦)، «التهذيب» (٤/ ٣٨٢).

(٨) لو أتى بلفظ المضاربة والقراض فقط، فللعامل البيع والشراء، لأن ذلك من موجبات القراض، كما ذكر الماوردي. لكن لو اقتصر على ذلك اللفظ فقط، فهو قراض فاسد، للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٦).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥١٠-٥١١).

وقيل: سبب الفساد في تصوير الـمُـزَنيّ، أنه قال «بالنصف» ولم يبين لمن هو[١]؟ فيحتمل أنه أراد شرطه لنفسه، وحينئذ يكون نصيب العامل مسكوتاً عنه، فيفسد العقد. واعترض ابن سريج على هذا بأن الشرط ينصرف إلى العامل؛ لأن المالك يستحق بالملك[٢] لا بالشرط[٣].

وعن ابن أبي هريرة: أن سبب الفساد، أنه تردد بين النوعين، ولم يعين واحداً، ولا أطلق التصرف في أجناس الأمتعة[٤]. واعترض القاضي الحسين عليه أنه لو عين أحدهما لحكمنا بالصحة، فإذا ذكرهما على الترديد فقد زاد العامل بسطة وتخييراً[٥]، فينبغي أن يصح بطريق الأولى.

وقيل: سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق له التصرف في الأمتعة، أو عين جنساً يعم وجوده، والهرويّ والمرويّ ليسا كذلك، وهذا القائل كأنه[٦] يفرض في بلد لا يعمّان به.

وقال الإمام[٧]: يجوز أن يكون سبب الفساد أنه أرسل ذكر النصف، ولم يقل «بالنصف من الربح».

---

(١) (لمن هو): كذا في (ط الفكر)، وفي (ي)، (ز): (أنه لمن هو)، وفي (ط العلمية): (لمن النصف هو).

(٢) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالمال).

(٣) ذكر الماوردي: أنه يحتمل أن يكون المذكور لرب المال أوللعامل، فإن كان لرب المال فالقراض فاسد، إذ لم يبين ما للعامل، وإن كان للعامل فالقراض صحيح.
وبناء على ذلك، فقوله: «بالنصف»، جعل القراض متردداً بين الصحة والفساد، فكان باطلاً. وهذا اختيار ابن أبي هريرة. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٦).

(٤) ما نسبه الرافعي لابن أبي هريرة، يتعارض مع ما ذكره الماوردي عنه قبل قليل.

(٥) في (ط الفكر): (تخيراً).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كأن).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٠٨-٥٠٩).

قال رحمه الله:

(الباب الثاني: في حكم القِراض الصحيح

وله خمسة أحكام:

الـحُكم[١] الأوَّل: أنّ العامِلَ كالوكيلِ في تقييدِ تَصَـرُّفِه بالغِبطة، فلا يتصرَّفُ بالغَبْنِ ولا بالنَّسِيئةِ بَيعاً ولا شِراءً إلا بالإذن. ويبيعُ بالعَرْضِ فإنّه عَينُ التِّجارة، ولكلِّ واحدٍ منهما الرَّدُّ بالعيبِ، فإن تنازعا فقالَ العامل: «يُرَدُّ» وامتنعَ ربُّ المال، أو بالعكس؛ فيُقدَّمُ جانبُ الغِبطة.

ولا يُعامِلُ العاملُ المالكَ ولا يشتري بمالِ القِراضِ أكثرَ مِن رأسِ المال، وإن اشترى لم يقع للقِراض، وانصرفَ إليه إن أمكن).

من أحكام القراض:

تقييد تصرف العامل بالغبطة، كتصرف الوكيل.

ثم الغبطة والمصلحة قد تقتضي التسوية بينهما، وقد تقتضي الفرق، فبيع[٢] العامل وشراؤه بالغبن كبيع الوكيل بلا فرق.

ولا يبيع نسيئة بدون الإذن، ولا يشتري نسيئة[٣] أيضاً[٤]؛ لأنه ربما يهلك رأس المال، فتبقى العهدة متعلقة به.

---

(١) قوله: (الحكم) سقط من (ز).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وبيع).

(٣) قوله: (نسيئة) زيادة في (ز).

(٤) قال الشافعي: «وإن اشترى وباع بالدين فضامن إلا أن يأذن له». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

فإن أذن في البيع نسيئة ففعل، وجب عليه الإشهاد، ويضمن لو تركه، ولا حاجة إليه في البيع حالاً؛ لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن[١].

ولو سلمه قبل استيفاء الثمن، ضمن[٢] كالوكيل. فإن كان مأذوناً في التسليم قبل قبض الثمن، سلمه، ولم يلزمه الإشهاد؛ لأن العادة ما جرت بالإشهاد في البيع الحال.

ويجوز للعامل أن يبيع بالعرض، بخلاف الوكيل؛ لأن المقصود من القراض الاسترباح، والبيع بالعرض طريق فيه. وكذلك له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً، بخلاف الوكيل[٣].

فإن اشتراه بقدر قيمته، قال في «التتمة»: فيه وجهان[٤]؛ لأن الرغبات في المعيب تقل[٥]. وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة، فبان معيباً، فله أن ينفرد بردّه إن[٦] كانت الغِبطة فيه، ولا يمنعه منه رضا المالك، بخلاف الوكيل؛ لأن العامل

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٨).

(٢) في (ط الفكر): (وضمن).

(٣) من قوله: (لأن المقصود) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

وله شراء المعيب إذا رآه، لأن المقصود من القراض طلب الحظ، وقد يكون ذلك في المعيب. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٧٦).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٨).

(٥) في (ط الفكر): (ما تقل).

قال النووي: «قلت: الأصح الجواز إذا رأى المصلحة». «روضة الطالبين» (٥/ ١٢٧).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإن)، وزيادة حرف الواو هنا يخل بالمعنى، حيث إن المقصود: للعامل الرد إن كانت الغبطة في الرد، وإثبات حرف الواو يفيد أن للعامل الرد وإن كانت الغبطة في المعيب، وليس هذا مراداً هنا.

صاحب حق في المال[١]. وإن كانت الغِبطة في إمساكه، ففي «النهاية»[٢] وجهان في تـمكنه من الرد، أظهرهما: المنع؛ لإخلاله بمقصود العقد[٣]، وحيث ثبت الرد للعامل، ثبت للمالك بطريق الأولى. ثم الذي حكاه الإمام: أن العامل يرد على البائع، وينقض البيع. وأما المالك فينظر: إن كان الشراء بعين مال القراض فكمثل، وان اشترى العامل في الذِّمَّة، فيصرفه المالك عن مال القراض، وفي انصرافه إلى العامل، ما سبق في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل.

ولو تنازع المالك والعامل في الرد وتركه، فُعل ما فيه الحظ.

ولا يجوز للمالك معاملة العامل، بأن يشتري من مال القراض شيئاً؛ لأنه ملكه[٤]، كما أن السيد لا يعامل المأذون.

ولا يجوز أن يشتري لمال[٥] القِراض بأكثر[٦] من رأس المال[٧]؛ لأن المالك لم يرض بأن يشغل العامل[٨] ذمته إلا به[٩]. فلو فعل، لم يقع ما زاد عن جهة

---

(١) وهو مأمور بتنمية المال، وفي إمساك العيب تلف للنماء.
ولو كان الأمر بالعكس، أي: أن يرضى العامل بالعيب ويرفضه المالك، فله الرد دون العامل.
ولو اجتمعا على الرضا بالعيب جاز، لأن الحق لا يعدوهما. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٠ - ١٢١).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٦٤).

(٣) وقطع به الماوردي، وذلك لحقّ رب المال في الربح والفضل الظاهر. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٠).

(٤) فيكون كالبائع لنفسه. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٠).

(٥) في (ز): (لمال)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بمال).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أكثر).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٧).

(٨) قوله: (العامل) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٩) قوله: (إلا به) سقط من (ط الفكر)، وفي (ي): (ذمته به).

القراض، حتى لو دفع إليه مئة قراضاً فاشترى عبداً بمئة، ثم آخر[١] بمئة للقراض أيضاً، لم يقع الثاني للقراض[٢]، ولكن ينظر: إن اشتراه بعين المئة، فالشراء باطل، سواء اشترى الأول بعين المئة، أو في الذمة.

أما إذا اشتراه[٣] بعين المئة؛ فلصيرورتها ملكاً للبائع الأول. وأما إذا اشتراه[٤] في الذمة؛ فلصيرورتها مستحقة الصرف إلى العقد الأول.

وإن اشترى العبد الثاني في الذمة: لم يبطل، ولكن ينصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه. وإذا انصرف العبد الثاني إلى العامل، فإن[٥] صرف مئة القراض إلى ثمنه، فقد تعدَّى، ودخلت المئة في ضمانه، لكن العبد يبقى أمانة في يده؛ لأنه لم يتعدَّ فيه[٦].

فإذا تلفت المئة، نظر: إن كان الشراء الأول بعينها انفسخ. وإن كان في الذمة لم ينفسخ، ويثبت للمالك على العامل مئة، والعبد الأول للمالك، وعليه لبائعه مئة، فإن أداها العامل بإذن المالك، وشرط له[٧] الرجوع، ثبتت له مئة على المالك، ووقع الكلام في التقاصّ.

---

(١) في (ط الفكر): (أجر).

(٢) قال المُزَنيّ: «ولو قال العامل: «اشتريت هذا العبد بجميع الألف القراض، ثم اشتريت العبد الثاني بتلك الألف قبل أن أنقد»، كان الأول في القراض، والثاني للعامل، وعليه الثمن». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (اشترى).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (اشترى).

(٥) في (ي): (إنه)، وفي (ز): (فلو أنه). والمثبت في النص من المطبوعتين.

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٣ - ١٥٤)، «المهذب» (١٤/ ٣٧٦).

(٧) قوله: (له) سقط من (ي).

وإن أدّى من غير إذنه، برئ المالك عن حق بائع العبد، ويبقى حقه على العامل.

ويجوز أن يعلم قوله من لفظ الكتاب: (فلا يتصرف بالغبن ولا بالنَّسيئة)، بالحاء؛ لأن أبا حنيفة[١] يخالف فيه، كما ذكرنا في الوكالة.

قال:

(ولو اشترى مَن يَعتِقُ على المالك[٢] لم يقعْ عن المالك؛ فإنه نقيضُ التجارة. ولو اشترى زوجةَ المالكِ فوجهان. والوكيلُ بشراءِ عبدٍ مُطلَقٍ إن اشترى مَن يَعتِقُ على المُوكِّل فيه وجهان.

والعبدُ المأذون؛ إن قيلَ له: «اشترِ عبداً» فهو كالوكيل، وإن قيل له: «اتَّجِر» فهو كالعامل. وإن اشترى العاملُ قريبَ نفسِه ولا ربحَ في المالِ صحّ. وإن ارتفعَت الأسواقُ وظهَر ربح، وقلنا: يَملك بالظُّهور؛ عتَقَ حصّتُه (و) ولم يَسرِ[٣]؛ إذ لا اختيارَ في ارتفاع السوق[٤].

---

(١) بالنسبة للشراء: للمضارب الشراء نسيئة وبما لا يتغابن الناس في مثله.
أما البيع، فعند أبي حنيفة: للمضارب البيع بالنسيئة وبالغبن الفاحش. ومنع ذلك الصاحبان. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٧)، «الهداية» (٨/ ٤٧٢)، «المبسوط» (٢٢/ ٣٨، ٥٤).

(٢) كأبيه وأمه وابنته.

(٣) يسري: يقال سرى فلان يسري سرى وسراية، والسرى: سير عامة الليل، وقد استعملت العرب «سرى» في المعاني، تشبيهاً لها بالأجسام مجازاً واتساعاً. ومنه قول الفقهاء: سرى الجرح، وسرى العتق، بمعنى التعدية. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٧٥) (سرى)، «تاج العروس» فصل السين، باب الواو والياء (١٠/ ١٧٣) (سرى).

(٤) في (ز): (الأسواق).

وإن كان في المالِ ربح؛ وقلنا: لا يَملِكُ بالظُّهور؛ صحَّ ولم يَعتِق، وإن قلنا: يَملِك؛ ففي الصحّةِ وجهان؛ لأنه مُخالِفٌ للتجارة، فإن صحَّ عتَقَ (و) حصّتَه وسرى إلى نصيبِ المالك ـ لأنّ المشتري[1] مختار ـ وغَرِمَ له حصّتَه).

مضمون الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا اشترى العامل من يعتق على المالك، فإما أن يشتريه بإذن المالك أو بغير إذنه[2]. أما في الحالة الأولى فيصح الشراء.

ثم إن لم يكن في المال ربح، عتق على[3] المالك، وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض، وصار[4] رأس المال الباقي إن اشتراه ببعضه[5]. وإن كان في المال ربح، فينبني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح؟

إن قلنا: يملك بالقسمة، عتق أيضاً، وغرم المالك نصيبه من الربح، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفه[6].

وإن قلنا: إنه يملك بالظهور، عتق منه حصّة رأس المال، ونصيب المالك من

---

(١) في (ز): (لأنه في الشراء).

(٢) قال الشافعي: «وإذا اشترى من يعتق على رب المال بإذنه، عتق. وإن كان بغير إذنه، فالمضارب ضامن والعبد له، والمالك إنما أمره أن يشتري من يحل له أن يربح في بيعه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٣) (على): في (ز)، وفي غيرها: (عن).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وخيار).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٣).

(٦) ذكر البغوي أنه الأصح، ويغرم المالك حصة العامل من الربح. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٩).

الربح، ويسري إلى الباقي إن كان موسراً، ويغرمه[١]، وإن كان معسراً بقي رقيقاً[٢].

وفيه وجه: أنه إذا كان في المال ربح، وقد اشتراه ببعض مال القراض، يُنظر: إن اشتراه بقدر رأس المال عتق، وكأن المالك استرد رأس المال، والباقي ربح يتقاسمانه على قضية الشرط.

وإن اشتراه بأقل من رأس المال، فهو محسوب من رأس المال. وإن اشتراه بأكثر، حسب قدر رأس المال من رأس المال، والزيادة من حصة المالك ما أمكن. والظاهر الأول، وهو وقوعه سائغاً على ما سنذكره في استرداد طائفة من المال بعد الربح.

والحكم في ما إذا أعتق المالك عبداً من مال القراض، كالحكم في شراء العامل من يعتق عليه بإذنه.

الحالة الثانية: أن يشتريه بغير إذن المالك، وهي التي قصدها صاحب الكتاب، فلا يقع الشراء عن المالك بحال؛ لأن مقصود العقد تحصيل الربح، وفي شراء من يعتق عليه تفويت رأس المال أيضاً، ولكن ينظر إن اشتراه بعين مال القراض بطل من أصله[٣]، وان اشتراه في الذمة وقع عن العامل، ولزمه الثمن من ماله[٤]، فإن أدَّاهُ من مال القراض ضمن[٥].

ولو اشترى العامل زوجة المالك أو زوج المالكة بغير إذنهما، فوجهان[٦]:

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو يغرمه).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٩).

(٣) لأنه مبيع بعين لا يملك به، فصار كبيعه بمال مغصوب. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٤).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٩)، «المهذب» (١٤/ ٣٧٧).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٤).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٤)، «المهذب» (١٤/ ٣٧٧)، «الوسيط» (٤/ ١١٧).

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: أنه يصح؛ لأنه اشترى له[١] ما يتوقع فيه الربح، ولا يتلف رأس المال.

وأظهرهما ـ ويحكي عن نصّه في «الإملاء» ـ: المنع؛ لأنه لو ثبت الملك لانفسخ النكاح، وتضرر به، والظاهر أنه لا يقصده بالإذن، وإنما يقصد ما له فيه حظ[٢]، فعلى هذا الحكم كما لو اشترى من يعتق على المالك بغير إذنه.

وإذا وكَّل وكيلاً بشراء عبد فاشترى من يعتق على الموكل، ففي وقوعه للموكل[٣] وجهان[٤] نقلهما الإمام[٥]:

أحدهما: المنع؛ لأن الظاهر أنه يطلب عبد تجارة أو عبد قنية، وبشراء[٦] من يعتق عليه لا يحصّل[٧] واحداً من الغرضين[٨].

وأظهرهما ـ وهو الذي أورده الجمهور[٩] ـ: الوقوع له[١٠]؛ لأن اللفظ شامل[١١] وقد يرضى بعبد[١٢] إن بقي له انتفع به، وإن عتق عليه ناله ثوابه، وإنما أخرجناه عن التناول بالقراض؛ لقرينة غرض التجارة.

---

(١) قوله: (له) سقط من (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يقصد مال فيه خط).

(٣) في (ط العلمية): (عن).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ١١٧).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٧٢-٤٧٣).

(٦) كذا في (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ي)، (ز): (وشراء).

(٧) في (ط العلمية): (يحمل).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الوصفين).

(٩) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٨٩).

(١٠) قوله: (له) سقط من (ط الفكر).

(١١) في (ط الفكر): (يتناوله).

(١٢) قوله: (وقد يرضى بعبد) سقط من (ط الفكر).

فإن قلنا بالأول، بطل الشراء إن اشتراه[١] بعينه، وإلّا وقع عن الوكيل.

والعبد المأذون له[٢] في التجارة، إن اشترى من يعتق على سيده بإذن السيد صح، وعتق عليه[٣] إن لم يركبه دين، وإن ركبته الديون ففي العتق قولان؛ لأن ما في يده كالمرهون بالديون. وإن اشترى بغير إذنه، فقولان منصوصان[٤]:

أحدهما: أنه يصح ويعتق عليه؛ لأن العبد لا يمكنه الشراء لنفسه، وإنما يشتري لسيده، فإذا أطلق الإذن انصرف ما يشتريه إليه مقيداً كان أو غير مقيد، والعامل يمكنه الشراء لنفسه، كما يمكنه الشراء للمالك، فما لا يقع مقصوداً بالإذن ظاهراً ينصرف إلى العامل.

وأصحهما ـ وهو اختيار الـمُـزَنيّ[٥] ـ: أنه لا يصح كما في حقّ العامل؛ لأن السيد إنما أذن في التجارة، وهذا ليس من التجارة في شيء. ورأى الإمام[٦] القطع بهذا القول في ما إذا كان الإذن في التجارة، ورد الخلاف إلى ما إذا قال: «تصرف في هذا المال» أو «اشتر عبداً».

---

(١) كذا في (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ي)، (ز): (اشترى).

(٢) قوله: (له) سقط من (ي)، (ز).

(٣) وفي زمان عتقه وجهان: أحدهما: يعتق بنفس الشراء.
والثاني: بأداء الثمن. «الحاوي» (٩/ ١٢٥).

(٤) قال الشافعي: «فكذلك العبد المأذون له في التجارة يشتري أبا سيده، فالشراء مفسوخ، لأنه مخالف ولا مال له.
وقال في كتاب الدعوى والبينات: في شراء العبد من يعتق على مولاه قولان: أحدهما: جائز، والآخر: لا يجوز». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٥) قال الـمُـزَنيّ: «قياس قوله الذي قطع به: أن البيع مفسوخ، لأنه لا ذمة له». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).
وقطع به الماوردي، «الحاوي» (٩/ ١٢٥)، وصححه البغوي، «التهذيب» (٤/ ٣٨٩).

(٦) قوله: (الإمام) سقط من (ي). «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٧٢).

وعلى هذا جرى صاحب الكتاب حيث قال: (إن قيل له: اشتر عبداً؛ فهو كالوكيل، وإن قيل: اتّجِر؛ فهو كالعامل)، أي: هو كالوكيل في أن الخلاف يجد مجالاً ومضطرباً، ولا يمكن حمله على أن الخلاف كالخلاف، فإن الخلاف في المأذون قولان مشهوران[1]، وفي الوكيل ـ إن ثبت ـ وجهان.

وقوله: (فهو كالعامل)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن الأكثرين أثبتوا القولين مع تصويرهم في الإذن في التجارة، وكذلك حكاه الـمُـزَنيّ عن نصِّه في «المختصر».

ويجوز إعلامه بالحاء أيضاً؛ لأن المحكي عن أبي حنيفة: أنه إن لم يدفع السيد إليه مالاً[2] وإنما أذن له في التجارة، صحّ الشراء وعتق على السيد، وإن دفع إليه مالاً فهو كالعامل.

ثم هذا الخلاف في ما إذا لم يركبه دين، فإن ركبه، وقد اشتراه بغير إذن السيد، ترتب الخلاف على الخلاف في ما إذا لم يركبه، وعدم الصحة هاهنا أولى، وإن صح ففي نفوذ العتق الخلاف السابق.

المسألة الثانية: إذا اشترى العامل من يعتق عليه، نظر: إن لم يكن في المال ربح، صح الشراء ولم يعتق عليه، كالوكيل يشتري قريب نفسه لموكله[3].

ثم إن ارتفعت الأسواق، وظهر ربح، بني على القولين في أن العامل متى يملك الربح؟ إن قلنا: يملكه بالقسمة، لم يعتق منه شيء[4]. وإن قلنا بالظهور:

---

(١) تقدم نص الشافعي في ذلك.

(٢) قوله: (مالًا) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) قال الشافعي: «فإن اشترى المقارض أبا نفسه بمال رب المال، وفي المال فضل أو لا فضل فيه فسواء، ولا يعتق عليه، لأنه إنما يقوم مقام وكيل اشترى لغيره، فبيعه جائز». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بشيء منه).
ذكر الماوردي: أن هذا هو اختيار الـمُـزَنيّ. «الحاوي» (٩/ ١٢٦).

فأظهر الوجهين(١) ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يعتق عليه قدر حصته من الربح؛ لأنه ملك بعض أبيه.

والثاني: لا يعتق؛ لأن الملك فيه غير تام من حيث إنه وقاية لرأس المال فليكن(٢) معدّاً لهذا الغرض، إلى انفصال الأمر بينهما بالمقاسمة(٣).

فإن قلنا بالأول، ففي السراية(٤) إن كان موسراً وتقويم(٥) الباقي عليه وجهان:

أحدهما ـ وبه أجاب الأكثرون(٦) ـ: أنها تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا: إنه يملك بالظهور.

والثاني: المنع، وهو الذي أورده في الكتاب(٧)؛ لأن العتق ـ والحالة هذه ـ يحصل في الدوام بسبب هو غير مختار فيه ومثل ذلك لا يتعلق به الشراء، ألا ترى أنه لو ورث بعض قريبه، عتق عليه ولم يشتر.

ومن قال بالأول أجاب بأنه لا اختيار في الإرث أصلاً، وهاهنا الشراء أولاً، والإمساك ثانياً إلى ارتفاع الأسواق اختياران.

---

(١) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٩٠).

(٢) قوله: (فليكن) زيادة في (ي)، (ز).

(٣) أو «لأنه ربما تلف بعض المال، فلزمه جبرانه بماله». «المهذب» (١٤/ ٣٧٨).

(٤) في (ط الفكر): (الشراء به)، و(ط العلمية): (السرابة).

وقد تقدم معنى «سرى» في نصّ «الوجيز»، والسراية: تعدي العتق إلى النصيب الذي لم يُعتق.

(٥) في (ط الفكر): (وتقديم).

(٦) وقطع به البغوي حيث قال: «ويقوّم عليه نصيب رب المال إن كان العامل موسراً». «التهذيب» (٤/ ٣٩٠).

(٧) وأطلق الوجهين في «الوسيط» (٤/ ١١٨).

وإن كان في المال ربح، سواء كان حاصلاً قبل[١] الشراء أو حصل بنفس الشراء مثل[٢] أن كان رأس المال مئة، فاشترى بها أباه، وهو يساوي مئتين[٣]. فإن قلنا: إنه يملك الربح بالقسمة دون الظهور، صح الشراء ولم يعتق. وإن قلنا: يملك بالظهور، ففي صحة الشراء في قدر حصته من الربح وجهان:

أظهرهما: الصحة؛ لأنه مطلق التصرف في ملكه.

والثاني: المنع[٤]؛ لأنه لو صح، فإما أن يحكم بعتقه وهو يخالف غرض الاسترباح الذي هو مقصود التجارة، أولا يحكم فيتخلف[٥] العتق عن ملك القريب.

فإن قلنا بالمنع، ففي الصحة في نصيب المالك قولا تفريق الصفقة[٦]، وإن قلنا بالصحة ففي عتقه عليه[٧] الوجهان السابقان. وإن قلنا: يعتق، فإن كان موسراً سرى العتق إلى الباقي، ولزمه الغُرم؛ لأنه مختار في الشراء، وإلا بقي الباقي رقيقاً.

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: (في).

(٢) قوله: (مثل) سقط من (ي)، وفي (ز): (بأن).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٠).

(٤) وقطع الشيرازي بأنه لو كان في المال ربح وقلنا يعتق، أنه لا يصح الشراء، لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٧٨).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيختلف).

(٦) إذا اشتملت الصفقة على صحيح وفاسد، فأصح الوجهين: صحة العقد في الصحيح، ويقتصر الفساد على الفاسد. انظر ما سلف (٦/ ٧٣).

(٧) من قوله: (قولًا تفريق) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

هذا كله في ما إذا اشترى العامل قريب نفسه بعين مال القراض. أما إذا اشتراه في الذمة للقراض[١]، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض أوقعناه هاهنا عن القراض، وحيث لم نصحح هناك أوقعناه[٢] هاهنا عن العامل، وعتق عليه.

وعن صاحب «التقريب» قول: أنه لو أطلق الشراء، ولم يصرفه إلى القراض لفظاً، ثم قال: «كنت نويته»، وقلنا: إنه إذا وقع عن القراض لم يعتق منه شيء، لا يقبل قوله؛ لأن الذي جرى عقد عتاقة، فلا يمُكّن من رفعها[٣].

فرع[٤]:

ليس لعامل القراض أن يكاتب عبد القِراض بغير إذن المالك، فإن كاتباه معاً جاز وعتق بالأداء، ثم إن لم يكن في المال ربح فولاؤه للمالك.

ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة في أظهر الوجهين، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح فالولاء بينهما على حسب الشرط، وما يزيد من النجوم[٥] على القيمة ربح[٦].

---

(١) قوله: (للقراض) سقط من (ز).

(٢) قوله: (هناك أوقعناه) سقط من (ط الفكر)، وفي (ي): (هاهنا).

(٣) في (ي)، (ز): (دفعها).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩١).

(٥) قوله: (من النجوم) سقط من (ي).

(٦) في (ط الفكر): (يزيد على الثمن من القيمة)، وفي (ط العلمية): (وما يزيد النجوم على الثمن من القيمة).

قال:

(الحكم[١] الثاني: ليس لعاملِ القِراضِ أن يُقارِضَ عاملًا آخَرَ بغيرِ إذنِ المالك، وفي صحّتهِ بالإذنِ خلاف (و). فإن فعلَ بغيرِ الإذنِ وكثُرت التصرُّفاتُ والربحُ؛ فعلى الجديد: الربحُ كلُّه للعاملِ الأوّلِ ولا شيءَ للمالك، وللعاملِ الثاني أجرُ مثلِه على العاملِ الأوَّل؛ إذ الربحُ على الجديدِ للغاصبِ، والعاملُ الأوَّلُ هو الغاصبُ الذي عقدَ العقدَ له. وقيل: كلُّه للعاملِ الثاني فإنه الغاصب.

وعلى القديم: يُتَّبعُ موجَبَ الشرطِ للمصلحةِ وعُسْرِ إبطالِ التصرُّفاتِ، وللمالك نصفُ (و) الربحِ، والنصفُ الآخَرُ بينَ العاملَينِ نصفَينِ (و) كما شرطا.

وهل يرجعُ العاملُ الثاني بنصفِ أُجرةِ مِثلِه، لأنه كانَ طمِعَ في كلِّ النصفِ من الربحِ ولم يَسلَمْ له؟ فيه وجهان).

إذا قارض العامل غيره، لم يخل إما أن يقارضه بإذن المالك أو بغير إذنه: أما الحالة الأولى مُتصوَّر[٢] على وجهين:

أحدهما: أن ينسلخ العامل من الدين[٣] وينتهض وكيلًا في القراض مع الثاني، كأن المالك سلم إليه المال، وأذن له في أن يقارض غيره إن بدا له، فهذا

---

(١) قوله: (الحكم) سقط من (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فتتصور).

(٣) في (ي)، (ز)، (ط الفكر): (البين)، والمثبت هو من (ط العلمية)، وهو يوافق ما في «الروضة» (٥/ ١٣٢).

صحيح كما لو قارضه المالك بنفسه، ولا يجوز أن يشترط الأول لنفسه شيئاً من الربح، ولو فعل فسد القراض، وللثاني أجرة المثل على المالك؛ لما مر أن شرط الربح لغير المالك والعامل ممتنع[١].

والثاني: أن يأذن له في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له في العمل والربح المشروط له على ما يراه، حكى الإمام[٢] وصاحب الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: الجواز، كما لو قارض المالك شخصين في الابتداء.

وأشبههما: المنع[٣]؛ لأنا لو جوزنا ذلك لكان الثاني فرعاً للأول منصوباً من جهته، والقراض معاملة تضيق محال القياس فيها، فلا يعدل بها عن موضوعها، وهو أن يكون أحد المتعاقدين مالكاً لا عمل له، والثاني: عاملاً لا ملك له. وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله في الباب الأول ـ حين ذكر هذه المسألة ـ: (لأن وضع القراض أن يدور بين عامل ومالك). وليكن لفظ الكتاب هنالك معلّماً بالواو[٤].

نعم، لو قارض العامل غيره بمقدارٍ مما شُرط له، أما إذا قارض بمقدار ما شرط له كان ذلك على[٥] التصوير الأول، وهو جائز بلا خلاف.

الحالة الثانية: أن يقارض العامل بغير إذن المالك[٦]، فهو فاسد؛ لأن المالك

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٢)، «الوسيط» (٤/ ١١٨)، «التهذيب» (٤/ ٣٩٢).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٩٤-٤٩٥).

(٣) وقطع به الماوردي، لأن ربح القراض موزع على المال والعمل، وهو وكيل ليس له مال ولا عمل، فلا يكون له في الربح حق، وصار شرطه منافياً للعقد. «الحاوي» (٩/ ١٤٢).

(٤) قوله: (معلماً بالواو) سقط من (ز).

(٥) في (ز): «غير».(م ع).

(٦) قال الشافعي: «وإن قارض العامل بالمال آخر بغير إذن صاحبه فهو ضامن، فإن ربح فلصاحب المال شطر الربح، ثم يكون للذي عمل شطره في ما يبقى». =

لم يأذن فيه، ولا ائتمن على المال[١] غيره[٢]، ويجيء فيه القول المذكور في أن تصرفات الفضولي تنعقد موقوفة على الإجازة[٣].

وإذا قلنا بالمذهب[٤]، فلو أن الثاني تصرف في المال وربح فهذا ينبني على أن الغاصب إذا اتَّجر في المال المغصوب ما حكم تصرفه؟ ولمن الربح الحاصل؟ وأما إذا تصرَّف في عين المغصوب، فتصرُّف الفضولي[٥]. وأما إذا باع سلماً، أو اشترى في الذمة، وسلم المغصوب في ما التزمه وربح: فعلى الجديد: الربح كله[٦] للغاصب؛ لأن التصرف صحيح، والتسليم فاسد، فيضمن المال الذي سلمه، ويسلم له الربح، وهذا قياس ظاهر.

وعلى القديم: هو للمالك[٧]؛ توجيهاً بحديث عُرْوَة البارِقيّ، فإن النبيّ ﷺ أخذ رأس المال والربح[٨].

= قال الـمُـزَنيّ: «هذا قوله قديماً، وأصل قوله الجديد المعروف: أن كل عقد فاسد لا يجوز، وإن جُوِّز حتى يبتدأ بما يصلح. فإن كان اشترى بعين المال فهو فاسد، وإن كان اشترى بغير العين فالشراء جائز والربح والخسران للمقارض الأول، وعليه الضمان، وللعامل الثاني أجر مثله في قياس قوله». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(١) قوله: (المال) سقط من (ط العلمية).

(٢) قوله: (المال غيره) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٣) هذا هو القول القديم. انظر ما سلف (٥/ ٣٧٦).

(٤) وهو القول الجديد، وهو أن تصرف الفضولي لاغٍ. انظر: «المرجع السابق» (الصفحة نفسها).
وبما أن تصرف العامل هنا غير معتبر، فهو كالغاصب، فحكمه في ما يحصل له من الربح حكم الغاصب في ما يحصل له في المغصوب من الربح. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٨).

(٥) قطع الماوردي هنا بأن الشراء باطل ومع بطلانه يفوت الربح، فلا يحصل للغاصب ولا للمغصوب منه. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٨).

(٦) قوله: (كله) زيادة في (ز).

(٧) قال الشيرازي: «لرب المال نصف الربح، والنصف الآخر بين العاملين نصفين». «المهذب» (١٤/ ٣٧٠).

(٨) سبق تخريجه (٥/ ٣٧٧)، وهو أن عروة اشترى بالدينار الذي أعطاه النبي ﷺ شاتين، ثم باع شاة بدينار.

وبأنا لو جعلناه للغاصب لاتخذه الناس ذريعة إلى الغصب، والخيانة في الودائع والبضاعات، وبأن تصرفات الغاصب قد تكثر، فيتعسر بيع الأمتعة التي تداولتها الأيدي المختلفة أو يتعذر[1].

وفي هذا القول مباحثات:

إحداها: الجزم على هذا القول بأن الربح للمالك، أو نوقفه على إجازته واختياره؟ قيل بالوقف على الإجازة، وبني هذا القول على قول الوقف في بيع الفضولي، وإنما لم يتعرض الشافعي رضي الله عنه للفسخ والإجازة؛ لأن الغالب أنه يجيز إذا رأى الربح. فعلى هذا، إذا رده يرتد، سواء اشترى في الذمة أو بعين المغصوب[2]. وقال الأكثرون: إنه مجزوم به، ومبني على المصلحة. وكيف يستقيم توقيف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره، وإنما يجري قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أو له.

الثانية: إذا كان في المال ربح، وكثرت التصرفات، وعسر تتبعها، فهو موضع القول القديم.

أما إذا قلَّت، وسهل التتبع ولا ربح، فلا مجال له، قاله[3] الإمام[4]، وحكى وجهين في ما إذا سهل التتبع وهناك ربح، أو عسر ولا ربح.

الثالثة: لو اشترى في ذمته، ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٨ - ١٣٩).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٢).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (قال).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٩٩-٥٠٠).

المغصوبة، ثم سنح له ذلك. قال الإمام[١]: ينبغي ألا يجيء فيه القول القديم إن صدَّقه صاحب الدراهم.

واعلم أن المسألة قد تُلقب بمسألة البضاعة وقد ذكرناها والاختلاف[٢] فيها على الاختصار، مرة في أول[٣] البيع[٤] وأخرى في الغصب[٥].

إذا تقرر ذلك:

فعلى الجديد: ينظر: إن اشترى بعين مال القراض فهو باطل. وإن اشترى في الذمة:

فأحد الوجهين: أن كل الربح للعامل الثاني؛ لأنه المتصرف، كالغاصب في صورة الغصب.

وأصحهما[٦] ـ وبه أجاب الـمُـزَنيّ[٧] ـ: أن كله للأول؛ لأن الثاني تصرف للأول بإذنه، فكان كالوكيل من جهته، وعليه للثاني أجرة عمله، ويحكى هذا عن أبي حنيفة[٨].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٠٠).

(٢) في (ي)، (ز): (والخلاف).

(٣) قوله: (أول) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٤) انظر ما سلف (٥/ ٣٨٠).

(٥) انظر: «المرجع السابق» (٥/ ٤٧٠).

(٦) كذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٩٣).

(٧) تقدم قول الـمُـزَنيّ في بداية المسألة.

(٨) انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩٧)، «المبسوط» (٢٢/ ٨٨ - ٨٩).
لكن عند الحنفية: أن الربح يكون بين المضارب الأول ورب المال على الشرط.

وإن قلنا بالقديم، ففي ما يستحقه المالك من الربح وجهان:

أحدهما ـ ولم أره إلا في «كتاب أبي الفرج السرخسي» ـ: أن كله للمالك، كما في الغصب؛ طرداً لقياس هذا القول. وعلى هذا، فللعامل الثاني أجرة مثله. وعلى من تجب؟ حُكي[١] فيه وجهان:

أحدهما: أنها على العامل الأول؛ لأنه استعمله وغرّه[٢].

والثاني: على المالك؛ لأن نفع عمله عاد إليه.

وأصحهما ـ وبه أجاب الـمُـزَنيّ[٣] ـ: أن له نصف الربح؛ لأنه رضي به، بخلاف صورة الغصب فإنه لم يوجد منه رضا به[٤]، فصرفنا الكل إليه قطعاً لطمع الغُصّاب والخائنين. وعلى هذا ففي النصف الثاني وجوه:

أحدها ـ وهو اختيار ابن الصّبّاغ ـ: أن كله للعامل الأول؛ لأن المالك إنما شرط له، وعقده مع الثاني فاسد، فلا يتبع شرطه، وعلى هذا فللثاني أجرة مثل عمله على الأول؛ لأنه غرّه.

والثاني: أن كله للثاني؛ لأنه العامل، أما الأول فليس له عمل ولا ملك، فلا يصرف إليه شيء من الربح.

وأصحهما[٥] ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يكون بين العاملين بالسّوية،

---

(١) قوله: (حكي) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٢) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وغيره).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٩).

(٤) قوله: (به) سقط من (ز).

(٥) كذا، ولعل الصواب: (أصحها). والله أعلم.(م ع).

وبه أجاب الـمُـزَنيّ[١]، ووجهه أن تتبع التصرفات عسير، والمصلحة اتباع الشرط، إلا أنه تعذّر الوفاء به في النصف الذي أخذه المالك، فكأنه تلف، وانحصر الربح في الباقي. وعلى هذا، فهل يرجع العامل الثاني بنصف أجرة المثل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه كان قد طمع في نصف الربح بتمامه، ولم يسلم له إلا نصف النصف.

وأشبههما ـ وبه قال الـمُـزَنيّ[٢] وأبو إسحاق ـ: لا؛ لأن الشرط محمول على ما يحصل لهما من الربح، والذي حصل هو النصف[٣].

والوجهان في ما إذا كان العامل الأول قد قال: «على أن ربح هذا المال بيننا» أو «على أن لك نصفه». أما إذا كانت الصيغة: «على أن ما يرزقنا الله تعالى من الربح بيننا»: قطع الأكثرون بأنه لا رجوع؛ لأن النصف هو الذي رزقاه.

وعن الشيخ أبي محمّد إجراء الوجهين؛ لأن المفهوم تشطير[٤] جميع[٥] الربح.

ولا يخفى أن جميع ما ذكرناه في ما[٦] إذا جرى القراضان على المناصفة. فإن كانا أو أحدهما على نسبة أخرى، فعلى ما تشارطا.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٩).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٤٠).

(٣) كذا في (ي)، (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (الربح).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (تشطر).

والتشطير: يقال: شطر الشيء تشطيراً، أي نصّفه، وكُل ما نُصِّف فقد شُطِّر. انظر: «تاج العروس» فصل الشين، باب الراء (٣/ ٢٩٨) (شطر).

(٥) قوله: (جميع) سقط من (ي).

(٦) قوله: (في ما) زيادة في (ز).

وهذا كله في ما إذا تصرف الثاني وربح. أما إذا هلك المال في يده: فإن كان عالماً بالحال، فهو غاصب أيضاً.

وإن كان يظن العامل مالكاً، فترتُّب يده على يد الأول كترتُّب يد المودع على يد الغاصب؛ لأنه يد أمانة.

وفي طريقٍ: هو كالـمُتَّهِب من الغاصب؛ لعود النفع إليه. وقد بينا الحكم فيهما ضماناً وقراراً من قبل.

وقوله في الكتاب: (وكثرت التصرفات والربح)، يشعر باعتبار الأمرين لمجيء الخلاف، وفيه من التردد ما ذكرناه، ثم ليس المراد: وكثر الربح، بل المعنى: وحصل الربح، أو ما أشبهه، لأن الكثرة في الربح غير معتبرة بالاتفاق.

وقوله: (والعامل الأول هو الغاصب)، أي هو الحائز[1] الذي يقع التصرف في المال له، كما يقع في الغصب للغاصب.

وقوله: (وقيل: كله للعامل الثاني فإنه الغاصب)، ليس محمولاً على ما ذكرناه في حق الأول، لكن المعني به أنه الشبيه بالغاصب من حيث إنه المتصرف في المال بيعاً وشراءً، وأخذاً وإعطاءً.

وقوله: (وللمالك نصف الربح)، وقـوله: (بين العاملين)، مُعلَمان بالواو؛ لما عرفته.

* * *

---

(١) في (ط العلمية): (الجائز).

قال رحمه الله:

(الحكمُ الثالث: ليس للعامل أن يسافرَ (ح م و) بمالِ القِراضِ إلّا بالإذن؛ فإنه خَطَر، فإن فعلَ نفذَت تَصرُّفاتُه واستحقَّ الربح، ولكنه ضامنٌ بعُدوانه[1]. وإذا سافرَ بالإذنِ فأُجرةُ النقلِ على مالِ القِراض، كما أنّ نفقةَ الوزنِ والكيلِ والحِملِ الثقيلِ في الـحَضَر أيضاً على مالِ القِراض. وليـس علـى العاملِ إلا التجـارةُ والنَّشرُ والطـيُّ ونقلُ الشيء الخفيف. فإن تعاطى شيئاً مما ليس عليه فلا أُجرةَ له. وإن استأجرَ على ما عليه فعليه الأُجرة.

ونفـقتُه عـلى نفـسِه (م) في الـحَضَر. ونُصَّ في السَّفَرِ أن لـه نفقتَه بالمعروف، فمنهم مَن نزَّلَه على نفقةِ النقل، ومنهم من قال: فيه[2] قولان. ووجهُ الفَرقِ بينَ الحضَرِ والسفرِ أنه مُتَجرِّدٌ في السفرِ للشُّغلِ، فعلى هذا لو استصحبَ مع ذلك مالَ نفسِه وُزِّعَتْ[3] النفقةُ عليهما. ثم قد قيل: القولانِ في القَدْرِ الذي يـزيدُ في[4] النفـقةِ بسـببِ السَّفَر. وقيل: إنه في الأصل).

كلام الفصل على التفات بعضه بالبعض، يشتمل على ثلاثة مقاصد:

أحدها: أنه ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير إذن المالك.

---

(١) في (ز): (لعدوانه).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (ز).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (وزع).

(٤) في (ز): (من).

وعن أبي حنيفة[١] ومالك[٢]: أن له ذلك عند أمن الطريق، وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» نقل قول مثله عن «البويطيّ».

لنا: أن فيه خطراً وتعريضاً للهلاك، فلا ينبغي أن يستقل به[٣].

فلو خالف ضمن المال، ثم ينظر[٤]: إن كان المتاع بالبلدة التي سافر إليها أكثر قيمة، أو تساوت القيمتان، صح البيع واستحق الربح؛ لمكان الإذن. وإن كان أقل قيمة، لم يصح البيع بتلك القيمة إلّا أن يكون النقصان بقدر ما يتغابن به.

وإذا صححنا البيع، فالثمن الذي يأخذه يكون مضموناً عليه أيضاً، بخلاف ما إذا تعدى الوكيل بالبيع في المال، ثم باعه وقبض الثمن لا يكون مضموناً عليه؛ لأن العدوان لم يوجد في الثمن، وهاهنا سبب العدوان السفر ومزايلة[٥] مكان المال،

---

(١) وهذا لأن اشتقاق المضاربة من الضرب في الأرض، وإنما يتحقق ذلك بالسفر. ثم أن مقصود هذا العقد: استنماء المال، وهو يحصل في العادة بالسفر. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٨)، «المبسوط» (٢٢/ ٣٩)، «الاختيار» (٣/ ٢٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤١).

(٢) عند المالكية: للعامل السفر بمال القراض إذا لم يمنعه المالك. قال ابن القاسم: «للعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر، وحيث شاء، إلا أن يقول له رب المال حين دفعه إليه بالفسطاط: «لا تخرج من أرض مصر» أو «من الفسطاط»، فلا ينبغي له أن يخرج».
لكن لو اشتغل العامل بالمال، فليس للمالك حق منعه. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٦٣)، «المنتقى» (٥/ ١٧٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٤)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٢٤ - ٥٢٦)، «الخرشي» (٦/ ٢١٠).

(٣) «ولأنه مؤتمن، فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل». «الحاوي» (٩/ ١١٦). انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٧٧).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٦).

(٥) مزايلة: يقال: زايله مزايلة وزيالًا: فارقه وانزال عنه. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب اللام (٧/ ٣٦٤) (زيل)، «المصباح المنير» (١/ ٢٦١) (زاله).

وإنه شامل، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر، وإذا سافر بالإذن فلا عدوان، ولا ضمان. قال في «التتمة»: وبيع المال في البلد المنقول إليه بمثل ما كان يبيعه في المنقول عنه، وبأكثر منه.

وأما بما دونه، فإن ظهر فيه غرض بأن كانت مؤونة الرد أكثر من قدر النقصان، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه الربح، فله البيع أيضاً، وإلا لم يجز؛ لأنه محض تخسير.

الثاني: على العامل أن يتولى ما جرت العادة به، من نشر الثياب وطيها وذرعها وإدراجها في[١] السفط[٢] وإخراجها، ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود، وقبض الثمن وحمله، وحفظ المتاع على باب الحانوت، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه.

وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها، ونقل المتاع من الخان إلى الحانوت، والنداء عليه.

وما يجب عليه أن يتولاه لو استأجر عليه لزمته[٣] الأجرة في ماله. وما لا يجب عليه[٤] أن يتولاه، له أن يستأجر عليه من مال القراض؛ لأنه من تتمة التجارة ومصالحها، فإن تولاه بنفسه لم يكن له أخذ الأجرة، بل هو تبرع ومزيد اعتناء[٥] بالاسترباح[٦].

---

(١) قوله: (في) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٢) السَّفَط: كالجوالق أو كالقفة، أو هو ما يُخبأ فيه الطيب وما أشبهه من أدوات النساء، وجمعه أسفاط. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب الطاء (٥/ ١٥٣) (سفط)، «المصباح المنير» (١/ ٢٧٩) (السَّفط).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (لزمه).

(٤) قوله: (عليه) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٥) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (متبرع، ومريد كسباً).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٧)، «التهذيب» (٤/ ٣٨٧).

الثالث: القول في المؤنات: ولا يجوز للعامل أن ينفق في الحضر من مال القراض على نفسه، أو يواسي منه بشيء[١]. وعن مالك[٢] رضي الله عنه: أن له أن ينفق منه على العادة كالغذاء ودفع الكسرة إلى السقاء.

وأجرة الكيّال والوزّان والحمال في مال القراض، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالإذن، وأجرة الحارس والرَّصَدي[٣].

ونصّ في «المختصر»[٤]: أن له النفقة بالمعروف. وقال في «البويطي»: لا نفقة له[٥]. وللأصحاب طريقان:

أصحهما[٦]: أنهما قولان[٧]، أظهرهما: أنه لا نفقة كما في الحضر؛ وهذا لأنه ربما لا يحصل إلا ذلك القدر فيختل مقصود العقد.

والثاني: تجب، وبه قال مالك[٨]، بخلاف ما إذا كان في الحضر؛ لأنه في

---

(١) وهذا، لأن نفقته لا تختص بعمل القراض، فلا تلزم في مال القراض. انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٧).

(٢) انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٥٠)، «الشرح الكبير» (٣/ ٥٣٨ - ٥٣٩)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧١).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٧).

الرصدي: نسبة إلى الرَّصَد وهو الطريق، يقال: رصدته رصداً، أي قعدت له على الطريق. والرصدي: الذي يقعد على الطريق ينتظر الناس ليأخذ شيئاً من أموالهم ظلماً وعدواناً. انظر: «الصحاح» باب الدال، فصل الراء (٢/ ٤٧٤) (رصد)، «المصباح المنير» (١/ ٢٢٨) (الرصد).

(٤) قال الشافعي: «وإذا سافر، كان له أن يكتري من المال من يكفيه بعض المؤونة من الأعمال التي لا يعملها العامل، وله النفقة بالمعروف». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٧)، «التهذيب» (٤/ ٣٨٦).

(٦) في (ط العلمية): (أحدها).

(٧) وهذا منسوب إلى أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل. «الحاوي» (٩/ ١١٨).

(٨) تجب نفقة العامل لمأكله ومشربه ومسكنه وكسوته ونحو ذلك عند المالكية بشروط خمسة:=

السفر سلم نفسه وجردها لهذا الشغل فأشبه الزوجة تستحق النفقة إذا سلمت نفسها، ولا تستحق إذا لم تسلم.

والثاني: القطع بالمنع[١]، وحمل ما نقله الـمُـزَنيّ على أجرة النقل[٢].

ومنهم من قطع بالوجوب، وحمل ما في «البويطي» على المؤن النادرة كأجرة الحمام[٣] والطبيب.

وإذا أثبتنا القولين، فهما في كل ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة والإدام تشبيهاً بما إذا سلمت الزوجة نفسها، أو في ما يزيد بسبب السفر كالخف والإداوة[٤] وما أشبههما؛ لأنه لو كان في الحضر لم يستحق شيئاً؟ فيه وجهان[٥]، أصحهما: الثاني، وبه قال مالك[٦] في ما رواه ابن الصّبّاغ وأبو سعيد المتولي.

= السفر، وطول الغيبة فيه، وكونه للمال، واحتمال المال لها، وأن لا تكون له زوجة في البلد الذي سافر إليه، لأنه حينئذ يكون كالحاضر. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٤٩ - ٥٠)، «المنتقى» (٥/ ١٧١ - ١٧٣)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٣٠ - ٥٣١)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣٦٨ - ٣٦٩)، «الخرشي» (٦/ ٢١٧ - ٢١٨).

(١) «وهو قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة». «الحاوي» (٩/ ١١٨).

(٢) قال الماوردي: «وهذا التأويل مدفوع بما بينه الـمُـزَنيّ في «جامعه الكبير» من قوله: «نفقة معلومة في كل يوم، وثمن ما يشتري به فيكتسبه»». انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٨).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الحجّام).

(٤) «الإداوة ـ بالكسر ـ: المطهرة، وجمعها الأدَاوَى بفتح الواو». «المصباح المنير» (١/ ٩) (أدّى).

(٥) أطلقها في «التهذيب» (٤/ ٣٨٦)، «المهذب» (١٤/ ٣٧٧).

(٦) الذي عند المالكية ـ كما تقدّم ـ: أن النفقة تجب للعامل لمأكله ومشربه ومسكنه وكسوته ومركبه وغسل ثوبه، وكذا له أن يحتجم ويحلق رأسه ويفصد ويدخل الحمام إن احتاج إليه، بالشروط المتقدم ذكرها، وكذا لو احتاج إلى خدمة ومثله يُخدم. إلا أن الدواء عندهم لا يحتسب من مال القراض.

ثم يتفرع على القول بالوجوب فروع:

منها: لو استصحب مال نفسه مع مال القراض: وزعت النفقة على قدر المالين[١]. قال الإمام[٢]: ويجوز أن ينظر الى مقدار العمل على المالين ويوزع على أجرة مثلهما. وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي»: أنها إنما توزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له، وإن كان لا يقصد، فهو كما لو لم يكن معه غير مال القراض.

ومنها: لو رجع العامل، وبقي معه[٣] فضل زاد أو آلات أعدها للسفر كالمطهرة ونحوها، هل عليه ردها إلى مال القراض؟ فيه وجهان عن الشيخ أبي محمد، أظهرهما: نعم.

ومنها: لو استرد المالك المال منه في[٤] الطريق، أو في البلدة التي سافر إليها، لم يستحق نفقة الرجوع على أظهر الوجهين[٥]، كما لو خالع زوجته في السفر.

ومنها: يشترط عليه ألا يسرف، بل يأخذ بالمعروف، وما يأخذ يحسب من الربح، فإن لم يكن ربح[٦] فهو خسران لحق المال.

---

(١) قال الشافعي: «وإن خرج بمال نفسه، كانت النفقة على قدر المالين بالحصص». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١). انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٩)، «التهذيب» (٤/ ٣٨٧).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٦٢).

(٣) في (ي)، (ط الفكر): (منه).

(٤) في (ي): (من).

(٥) وصححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٨٧).

(٦) قوله: (ربح) سقط من (ز).

ومنها: أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد: لم يأخذ لتلك المدة[١].

ومنها: لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض، فهو زيادة تأكيد إذا قلنا بالوجوب، أما إذا لم نقل به:

فأظهر الوجهين[٢]: أنه يفسد العقد، كما لو شرط نفقة الحضر.

والثاني: لا يفسد؛ لأنه من مصالح العقد من حيث إنه يدعوه إلى السفر، وهو مظنة الربح غالباً. وعلى هذا، فهل يشترط تقديره؟ فيه وجهان، وعن رواية الـمُـزَنيّ في «الجامع الكبير»: أنه لا بد من شرط النفقة في العقد[٣] مقدرة[٤]. لكن الأصحاب لم يثبتوها.

وقوله في الكتاب: (ونفقته على نفسه في الحضر، ونص في السفر أن له نفقته بالمعروف) إلى آخره، يقتضي ظاهره أخذ المنع في أحد القولين من أنه لا نفقة في الحضر على سبيل[٥] التخريج؛ لأنه لم يحك عن النص سوى[٦] الوجوب وليس كذلك، بل القولان عند من أثبتهما منصوصان هذا في رواية الـمُـزَنيّ وهذا في[٧] رواية «البويطي».

---

(١) أما مقامه في البلد التي سافر إليها إن تجاوز مدة السفر، فإن كان لأجل مال القراض انتظاراً لبيعه وقبض ثمنه ونحو ذلك، فنفقته من مال القراض. انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٩).

(٢) وقال البغوي: أصحهما. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٧).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (للعقد).

(٤) قال الـمُـزَنيّ: «والذي أحفظ له: «أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم، وثمن ما يشترى به فيكتسبه». انظر: «الحاوي» (٩/ ١١٧).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لا على سبيل).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (سواء).

(٧) قوله: (في) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

قال:

(الحُكمُ[١] الرابع: اختلفَ القولُ في أنه هل[٢] يُملَكُ الربحَ بمُجرّدِ (م ز) الظُّهور، أم يقفُ على الـمُقاسَمة.

فإن قلنا: يُملَكُ بمُجرَّدِ الظُّهور: فهو مِلكٌ غيرُ مُستَقِرّ؛ بل هو[٣] وقايةٌ لرأسِ المالِ عن الـخُسْران. وإن وقعَ خُسرانٌ انحصرَ في الربح، ولا يستقرُّ إلا بالقسمة[٤]، وهل يستقرُّ بالتنضيضِ والفَسخِ قبلَ القسمة؟ فيه وجهان.

وإن قلنا: لا يُملَك (ح)؛ فله حقٌّ مؤكَّد، حتى لو ماتَ يُورَثُ عنه. ولو أتلفَ المالكُ المالَ غَرِمَ حصّتَه، وكذا الأجنبيّ؛ فإنّ الإتلافَ كالقسمة. ولو كان في المالِ جاريةٌ لم يجُزْ للمالكِ وَطؤُها لحقِّه).

متى يملك العامل من الربح الحصة المشروطة له؟

أحد قولي الشافعي: أنه يملكها بالظهور، كما يملك عامل المساقاة نصيبه من الثمار بالظهور، ولأن سبب الاستحقاق الشرط الصحيح، فإذا حصل الربح، فليثبت موجب الشرط[٥]، ولأنه سبيل من مطالبة المالك بأن يقتسما الربح، ولولا أنه مالك لما كان كذلك[٦].

---

(١) قوله: (الحكم) سقط من (ز).

(٢) قوله: (هل) سقط من (ز).

(٣) قوله: (هو) سقط من (ز).

(٤) قوله: (ولا يستقر إلا بالقسمة) سقط من (ز).

(٥) انظر: «التهذيب» (٣/ ١١٢).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٧).

والثاني: لا يملك إلا بالقسمة؛ لأنه لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال، ولو كان شريكاً لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال، فلما انحصر في الربح دل على عدم الملك[١]. وأيضاً فإن القراض معاملة جائزة، والعمل فيها غير مضبوط، فوجب ألا يستحق العوض[٢] فيها إلا بتمام العمل، كما في الجعالة [٣].

وأصح القولين: الأول عند الشيخ أبي حامد وطائفة. والثاني: عند الأكثرين، منهم المسعودي والقاضي الروياني وصاحب «التهذيب»[٤]. وقد ذكرنا ذلك في الزكاة[٥]، وبيَّنا أن أبا حنيفة[٦] قال بالأول، والـمُـزَنيّ قال بالثاني[٧]، وهو مذهب مالك[٨] أيضاً.

التفريع:

إن قلنا: إنه يملك بالظهور، فليس ذلك ملكاً مستقراً، بل لا يتسلط العامل عليه، ولا يملك التصرف فيه؛ لأن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران ما دامت المعاملة باقية، حتى لو اتفق خسران، كان محسوباً من الربح دون رأس المال ما أمكن.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٦).

(٢) في (ز): (العمل).

(٣) انظر: «التهذيب» (٣/ ١١٢).

(٤) «التهذيب» (٣/ ١١٢)، (٤/ ٣٨٩).

(٥) انظر ما سلف (٤/ ١٥٥-١٥٦).

(٦) انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٧).

(٧) قال الـمُـزَنيّ: «أولى بقوله عندي: أن لا يكون على العامل زكاة حتى يحصّل رأس المال، لأن هذا معناه في القراض، لأنه يقول لو كان له شركة في المال ثم نقص قدر الربح كان له في الباقي شرك، فلا ربح له إلا بعد أداء رأس المال». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ١٤٧).

(٨) قال مالك: «لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال، فيستوفي صاحب المال رأس ماله، ثم يقتسمان الربح على شرطهما». «الموطأ» ص٤٩٠. انظر: «المنتقى» (٥/ ١٥٥، ١٧٧).

ولذلك[١] نقول: إذا طلب أحد المتعاقدين قسمة الربح قبل فسخ القراض، لا يجبر الآخر عليه، أما إذا طلب المالك؛ فلأن العامل يقول: «لا آمن الخسران»، فنحتاج إلى رد ما اقتسمنا. وأما إذا طلب العامل؛ فلأن المالك يقول: «الربح وقاية مالي، فلا أدفع إليك شيئاً حتى تسلم لي رأس المال».

فإذا ارتفع القراض والمال ناضّ واقتسما، حصل الاستقرار، وهو نهاية الأمر. وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضاً، وأخذه المالك واقتسما الباقي. وهل يحصل الاستقرار بارتفاع العقد، ونضوض المال من غير قسمة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن القسمة الباقية من تتمة عمل العامل.

وأصحهما: الاستقرار؛ لارتفاع العقد، والوثوق بحصول رأس المال.

وإن كان المال عروضاً، فينبني على خلافٍ سيأتي في أن العامل، هل يجبر على البيع والتنضيض؟ إن قلنا: نعم، فظاهر المذهب أنه لا استقرار؛ لأن العمل لم يتم. وإن قلنا: لا، فوجهان كما لو كان المال ناضاً.

ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد، لم يحصل الاستقرار، بل لو حصل خسران بعده كان على العامل جبره بما أخذ.

وبهذا يتبين أن قوله في الكتاب: (ولا يستقر إلا بالقسمة)، غير معمول بظاهره في ما يرجع إلى الاكتفاء بالقسمة.

وإن قلنا: إنه لا يملك إلا بالقسمة، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه إذا مات؛ لأنه وإن لم يثبت الملك له، فقد ثبت له حق التملك، ويتقدم على الغرماء؛

---

(١) (لذلك): في (ز)، وفي غيرها: (كذلك).

لتعلق حقه بالعين. وله أن يمتنع عن العمل بعد ظهور الربح، ويسعى في التنضيض ليأخذ منه حقه.

ولو أتلف المالك المال، غرم حصة العامل، وكان[١] الإتلاف بمثابة الاسترداد، ولو استرد الكل غرم حصة العامل، فكذلك إذا أتلف.

وأما قوله: (وكذا الأجنبي فإن الإتلاف كالقسمة)، فاعلم أن الأجنبي إذا أتلف مال القراض ضمن بدله، وبقي القراض في بدله كما كان. هذا ما ذكره الأصحاب في حكم المسألة. وفي نظم الكتاب كلامان[٢]: أحدهما: أن الغرض في هذا المقام التفريع على أن العامل إنما يملك حصته بالقسمة، وعلى هذا القول يكون كل الربح قبل القسمة للمالك. وحينئذ يستحسن الكلام في أنه لو أتلف المالك المال[٣] غرم حصة العامل؛ ليعرف تأكد[٤] حقه وإن لم يكن مالكاً. لكن[٥] لا يستحسن ذكر إتلاف الأجنبي؛ لأنه لا يمكن أن يقال أنه[٦] يغرم حصة العامل؛ إذ لا امتياز لها لبقاء القراض بحاله[٧]، ولا اختصاص للغرم[٨] بها بل يغرم كل المال، وأصل الغرم لا دلالة له على حق العامل.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإن كان).

(٢) في (ط الفكر): (كلامين)، وفي (ط العلمية): (خلافات).

(٣) قوله: (المال) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ي): (تأكيد)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (لتعرف تأكيد).

(٥) قوله: (لكن) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٦) قوله: (أنه) زيادة في (ط العلمية).

(٧) قوله: (بحاله) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٨) (للغرم): كذا في (ز)، وفي غيرها: (الغرم).

والثـاني: أن[١] قـوله: (فـإن الإتـلاف كـالقسمة)، لا ينصرف إلى مسألة الأجنبي؛ لأن القراض إذا بقي في البدل لم يكن الإتلاف مفيداً للقسمة، بل هو مصروف إلى ما قبلها وهو إتلاف المالك، وإنما كان كالقسمة؛ لأنه أتلف ملكه وملك غيره أو حق غيره، ولا يمكن تغريمه ملك نفسه، ولا تعطيل حق الغير، فيغرم حق الغير، وذلك يتضمن مقصود القسمة، وهو التمييز.

ولو كان في المال جارية لم يجز للمالك وطؤها إن كان في المال ربح؛ لملك العامل أو حقه. وإن لم يكن ربح، فكذلك الجواب[٢]، ووجهوه بأن انتفاء الربح في المتقوّمات غير معلوم، وإنما يتيقن[٣] الحال بالتنضيض. واستبعد الإمام[٤] التحريم إذا تيقن عدم الربح.

قال: ويمكن تخريجه على أن العامل لو طلب بيعها، وأباه المالك، هل له ذلك؟ فيه خلاف سيأتي، فإن أسغناه[٥] فقد أثبتنا له علقة فيها، فيحرم الوطء بها.

وإذا قلنا بالتحريم ووطئ، فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يكون ذلك فسخاً للقراض؟ والأظهر: المنع.

---

(١) قوله: (والثاني: أن) سقط من (ز).

(٢) «لأنها ربما تحمل، فيبطل مقصود العقد». «التهذيب» (٤/ ٣٩٠).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يستقر).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٠٥-٥٠٦).

(٥) في (ي)، (ز): (أسعفناه).

أسغناه: يقال: ساغ الشراب يسوغ سوغاً، أي سهل مدخله في الحلق. ومن المجاز: ساغ له ما فعل، أي جاز له ذلك، ويقال: لا أجد له مساغاً، أي جوازاً أو مدخلاً. انظر: «تاج العروس» فصل الشين، باب العين (٦/ ١٧ - ١٨) (سوّغ).

ولا يلزم الحد[١]، وحكم المهر سنذكره.

ولو وطئها العامل فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً، وإلا فلا حدّ[٢]، ويؤخذ منه جميع المهر، ويجعل في مال القراض؛ لأنه ربما يقع خسران فيحتاج إلى الجبر. ولو استولدها لم تصر أم ولد، إن قلنا إنه لا يملك بالظهور. وإن قلنا يملك، ثبت الاستيلاد في نصيبه، ويقوّم عليه الباقي إن كان موسراً. ولا يجوز للمالك تزويج جارية القراض؛ لأن القراض لا يرتفع بالتزويج، وإنه ينقص قيمتها فيتضرر العامل به.

* * *

(١) «لأنها ملكه». «التهذيب» (٤/ ٣٩٠).

(٢) «لشبهة الملك». انظر: «المرجع السابق» (٤/ ٣٩١).

قال رحمه الله:

(الحُكمُ[١] الخامس: الزيادةُ العَينيّةُ كالثمرةِ والنَّتاجِ محسوبةٌ من الربحِ، وهو مالُ القِراضِ، وكذا بدلُ مَنافعِ الدَّوابِّ ومَهرُ وَطءِ الـجَواري، حتى لو وطئَ السيِّدُ كان مُستردّاً بمقدارِ العُقْر[٢].

وأما النُّقصان؛ فما يحصلُ بانخفاضِ السوقِ أو طَرَيانِ عَيبٍ ومرضٍ فهو خُسْرانٌ يجبُ جَبرُه بالربح وما يقعُ باحتراقٍ وسرقةٍ وفَوات عَينٍ فوجهان؛ أصحُّهما: أنه مِن الـخُسْرانِ كما أن زيادةَ العَينِ من الربح.

ولو سَلَّمَ إليه ألفَينِ فتلفَ أحدُهما قبلَ أن يشتريَ به شيئاً، أو بعدَ أن يشتري ـ كما لو اشترى[٣] عبدَين مثلًا ـ ولكن قبل البيع؛ فرأسُ المالِ ألفٌ أو ألفان؟ فيه وجهان؛ وهو تَردُّدٌ في أنه هل يُجعلُ ذلك مِن الـخُسْرانِ وهو واقعٌ قبلَ الـخَوضِ في التصرُّفات[٤]؟).

مقصود الفصل: الكلام في ما يقع في[٥] مال القراض من[٦] زيادة أو نقصان. أما الزيادة: فثمرة الشجرة المشتراه للقراض، ونتاج البهيمة، وكسب الرقيق، وولد الجارية، ومهرها إذا وطئت بالشبهة، أطلق صاحب الكتاب والإمام[٧] القول بأنها

---

(١) قوله: (الحكم) سقط من (ز).

(٢) العقر ـ بالضم ـ: هو دية الفرج المغصوب، وبالفتح: الجرح. انظر: «القاموس المحيط» باب الراء، فصل العين ص٤٤٣ (عقر)، «تاج العروس» فصل العين، باب الراء (٣/ ٤١٤) (عقر).

(٣) قوله: (كما لو اشترى) سقط من (ز).

(٤) في (ز): (التصرف).

(٥) في (ط الفكر): (من).

(٦) قوله: (من) سقط من (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٣٧-٥٣٨).

من مال القراض؛ لأنها من فوائده، وكذا بدل منافع الدواب والأراضي، وذلك قد يجب بتعدي المتعدي باستعماله، وقد يجب بإجارةٍ تصدر من العامل، فإن له الإجارة إذا رأى فيها المصلحة.

وفصّل في «التتمة» فقال: إن كان في المال ربح، وملكنا العامل حصته بالظهور فالجواب كذلك، وإن لم يكن ربح أو لم نملكه: فمن الأصحاب من عدّها من مال القراض، كالزيادات المتصلة. وقال عامتهم: يفوز بها المالك؛ لأنها ليست من فوائد التجارة. ويشبه أن يكون هذا أولى.

فإن جعلناها مال القراض، قال هاهنا وفي «الوسيط»[1]: تجبر[2] من الربح، وهو قضية ما في «التهذيب»[3]. وأورد بعض الأصحاب والإمام[4]: أنها لا تعد من الربح خاصة، ولا من رأس المال، بل هي شائعة.

وقوله في الكتاب: (وهو مال القراض)، بعد قوله: (محسوبة من الربح)، مستغنًى عنه. نعم، لو قدم وأخر، فقال: إنها مال القراض، وهي محسوبة من الربح كان حسناً، وكذلك لفظ «الوسيط».

وإن وطئها المالك، قال المصنف وغيره: إنه يكون مسترداً مقدار العقر[5]، حتى يستقر نصيب العامل منه. وفي «التهذيب»[6]: أنه إن كان في المال ربح،

(١) «الوسيط» (٤/ ١٢٣).
(٢) في (ط العلمية): (هي بجبر)، وفي (ز): (هي) دون (تجبر) أو (بجبر).
(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٩٤).
(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أصحاب الإمام). «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٣٨).
(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٢٣).
(٦) «التهذيب» (٤/ ٣٩٠ - ٣٩١).

وملّكناه بالظهور، وجب نصيب العامل من الربح، وإلا لم يجب شيء. فليعلم لذلك[١] قوله في الكتاب: (كان مسترداً مقدار العقر)، بالواو.

واستيلاد المالك جارية القراض كإعتاقها[٢]، وإذا أوجبنا المهر بالوطء الخالي عن الإحبال، فالظاهر الجمع بينه وبين القيمة.

وأما النقصان: فما يحصل بانخفاض السوق فهو[٣] خسران مجبور بالربح. وكذا النقصان بالتعيب[٤]، والمرض الحادث، والنقصان العيني وهو تلف البعض، ينظر: إن حصل بعد التصرف في المال بيعاً وشراء: فالأكثرون ذكروا: أن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية خسران مجبور بالربح أيضاً، وفي التلف بالسرقة والغصب وجهان، والفرق: أن في الضمان الواجب ما يجبره، فلا حاجة إلى جبره بمال القراض.

وسوّى المصنف وطائفة بين الهلاك[٥] بالآفة السماوية وغيرها، فحكوا الوجهين[٦] في النوعين.

ووجه المنع: أنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، وليس هو بناشئ من نفس المال الذي اشتراه العامل

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (كذلك).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٠).

(٣) قوله: (فهو) سقط من (ز).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (التعييب).

والتعيب: من العيب والعيبة وهي الوصمة. يقال: عاب الشيء وعيبه وعابه، لازم ومتعد. وتعيّبه إذا نسبه إلى العيب. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الباء (١/ ٤٠٢ - ٤٠٣) (عيب).

(٥) في (ي): (الهالك)، وفي (ز): (التلف).

(٦) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٢٣).

بخلاف المرض والعيب، فلا يجب على العامل جبره. وكيفما كان، فالأصح أنه مجبور بالربح[١].

وإن حصل النقصان قبل التصرف فيه بيعاً وشراءً كما إذا دفع إليه ألفي درهم قراضاً، فتلف ألف قبل أن يتصرف، فيه وجهان[٢]:

أحدهما: أنه خسران أيضاً مجبور بالربح الحاصل بعده؛ لأنه بقبض العامل صار مال القراض[٣]، وعلى هذا فرأس المال ألفان كما كان. ويقال: هذا هو منقول الـمُـزَنيّ[٤] في «الجامع الكبير».

وأظهرهما[٥]: أنه يتلف من رأس المال، ويكون رأس المال الألف الباقي؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل.

ولو اشترى بألفين عبدين أو ثوبين، فتلف أحدهما، فإن قلنا: لو تلف أحد الألفين قبل التصرف جبرناه بالربح، فهاهنا أولى. وإن قلنا: يتلف من رأس المال، فوجهان[٦]:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن العبدين بدل الألفين، ولا عبرة بمجرد الشراء فإنه تهيئة محل التصرف، والركن الأعظم في التجارة البيع؛ إذْ به يظهر الربح.

---

(١) وكذا رجحه في «الوسيط» (٤/ ١٢٣).

(٢) أطلقها البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٩٤).

(٣) في (ز): (قراض).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (عن).

(٥) وقطع به الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٤).

(٦) أطلقها الماوردي في أصل المسألة، وهي في ما لو «اشترى بها عرضاً، وتلف العرض قبل بيعه». ولم يذكر ابتناء الوجهين على ما ذكره الرافعي. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٥).

وأظهرهما: أنه يتلف من الربح، ويجب جبره؛ لأنه تصرف في رأس المال، فلا يأخذ شيئاً بالربح حتى يرد ما تصرف فيه إلى المالك، هذا إذا تلف بعض المال.

أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ارتفع القراض[١]، وكذا لو أتلفه المالك كما تقدّم. ولو أتلفه أجنبي أخذ بدله، وبقى القراض فيه على ما مرّ. وكذلك لو أتلف بعضه وأخذ بدله استمرّ القراض.

وما ذكرنا من الخلاف في أنه هل[٢] يجبر بالربح؟ مفروض في ما إذا تعذّر أخذ البدل من المتلف[٣].

ولو أتلف العامل المال، قال الإمام[٤]: يرتفع القراض؛ لأنه وإن وجب بدله عليه فإنه لا يدخل في ملك المالك إلا بقبض منه، وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض.

ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غُصب أو أُتلف، مَنْ الخصم؟ فيه وجهان[٥]:

أظهرهما[٦]: أن الخصم المالك إن لم يكن في المال ربح، وهما جميعاً إن كان فيه ربح.

والثاني: أن للعامل المخاصمة بكلّ حال؛ حفظاً للمال[٧].

---

(١) «وحينئذ فلا شيء للعامل». «التهذيب» (٤/ ٣٩٣).

(٢) قوله: (هل) زيادة في (ز)، (ط العلمية).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٤).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٥٠-٥٥١).

(٥) قوله: (وجهان) سقط من (ز).

(٦) وكذا رجحه البغوي. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٧).

(٧) لأن الحفظ لا يتم إلا بالخصومة والمطالبة. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٦٩).

وهذا قول ابن سريج، وصوّبه الماوردي، وذلك: «لأن عقد القراض موجب على العامل استيفاء =

ويشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعاً[1] على أن العامل خصم.

وبتقدير أن يقال: إنه وإن لم يكن خصماً، ولكن إذا خاصم المالك وأخذ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض، لزمه مثله في ما إذا كان العامل هو المتلف.

وإن قَتل عبدَ القراض قاتلٌ، وفي المال ربح[2]، لم ينفرد أحدهما بالقصاص بل الحق لهما.

فإن تراضيا على العفو على مال، أو على الاستيفاء جاز، وإن عفا أحدهما سقط القصاص[3]، ووجبت القيمة، هكذا ذكروه، وهو ظاهر على قولنا: إنه يملك الربح[4] بالظهور، وغير ظاهر على القول الآخر.

وإن لم يكن فيه ربح، فللمالك القصاص[5] والعفو على غير مال. وكذا لو كانت الجناية موجبة للمال، فله العفو عنه، ويرتفع القراض.

و إن أخذ المال، أو صالح عن القصاص على مال، بقي القراض فيه[6].

وقوله في الكتاب: (كما أن زيادة العين من الربح)، ينبني على ما ذكره في

= ماله وحفظ أصله، ألا تراه لو استرجع المال من سارقه وقبضه من جاحده، كان قراضاً بمتقدم عقده؟». «الحاوي» (٩/ ١٥٥ - ١٥٦).

(١) في (ي)، (ط الفكر): (تفريعاً).

(٢) بأن يظهر الفضل في ثمن العبد.

(٣) وفي عفو العامل وجهان. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٤).

(٤) قوله: (الربح) سقط من (ز).

(٥) ولا حق للعامل في منعه، فإن اقتصّ المالك كان ثمنه محسوباً عليه من رأس المال ويبطل فيه القراض. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٤).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٤)، «التهذيب» (٤/ ٣٩٤).

الزيادات: أنها محسوبة من الربح، وفيه من الخلاف ما مرّ.

وقوله: (وهو تردد في أنه هل يجعل ذلك من الخسران) إلى آخره، هذا اللفظ يتناول الصورة الأولى، وهي تلف أحد[1] الألفين قبل أن يشتري بهما شيئاً.

فأما الصورة الثانية، فالتوجيه فيها ما قدمناه أن الاعتبار بالبيع دون الشراء؛ إذْ ظهور الربح وصيرورة العرض نقداً يتعلق بالبيع.

فرع:

مال القراض ألف درهم، واشترى بعينه ثوباً أو عبداً فتلف قبل التسليم، بطل الشراء وارتفع القراض[2]. وإن اشترى في الذمة: قال في «البويطيِّ»: يرتفع القراض، ويكون الشراء للعامل[3]، فمن الأصحاب من قال: هذا إذا كان التلف قبل الشراء، فإن القراض والحالة هذه غير باقٍ عند الشراء[4]، فينصرف الشراء إلى العامل.

أما إذا تلف بعد الشراء فالمشترى[5] للمالك، فإذا تلف الألف المعد للثمن أبدله بألف آخر.

وقال ابن سريج: يقع الشراء عن العامل سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده، وعليه الثمن، ويرتفع القراض؛ لأن إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف، تعلق التصرف بعينه أم لا.

---

(١) قوله: (أحد) سقط من (ز).

(٢) لأن تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع، وعليه يسترجع البائع الثوب أو العبد. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٥). انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٤).

(٣) وهذا لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفاً إليه. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٥).

(٤) في (ط الفكر): (المشتري).

(٥) في (ط الفكر): (فالشراء).

فإن قلنا بالأول، فرأس المال ألف أو ألفان؟ فيه وجهان، يحكى الثاني منهما عن أبي حنيفة[١].

فإن قلنا بالأول، فهو الألف الأول أو الثاني؟ فيه وجهان، تظهر فائدتهما عند اختلاف الألفين في صفة الصحة وغيرها[٢].

وعن مالك[٣]: أن المالك بالخيار بين أن يدفع ألفاً آخر ويكون هو رأس المال دون الأول، وبين ألا يدفع فيكون الشراء للعامل. ويمكن أن يجعل هذا وجهاً للأصحاب؛ تخريجاً من وجه ذكرناه في باب مداينة العبيد[٤]، في ما[٥] إذا سلم إلى عبده ألفاً ليتجر فيه، فاشترى في الذمة شيئاً[٦] ليصرفه إلى الثمن فتلف، أنه يتخير السيد بين أن يدفع إليه ألفاً آخر فيمضي العقد، أو لا يدفع فيفسخ البائع العقد. إلّا أن هاهنا يمكن صرف العقد إلى المباشر إذا لم يُخرِج المعقودُ له ألفاً آخر، وهناك لا يمكن، فيصار إلى الفسخ.

وهذا الفرع قد ذكرنا طرفاً منه هناك للحاجة إليه[٧]. والله أعلم.

---

(١) وهذا عند الحنفية، لأن المضارب منصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه إليه كالوكيل. ولأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفياً. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٣)، «الهداية» (٨/ ٤٧٩)، «المبسوط» (٢٢/ ١٦٨ - ١٦٩).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٤).

(٣) انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٥٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٦ - ٣٦٧)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٢٩)، «الخرشي» (٦/ ٢١٧).

(٤) وهو اختيار الشيخ أبي محمد وهو الأظهر. انظر ما سلف (٦/ ٣٧٨).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (مما).

(٦) قوله: (شيئاً) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) قوله: (إليه) سقط من (ط الفكر).

قال رحمه الله:

(الباب الثالث: في التفاسُخ والتنازُع

والقِراضُ جائز، يَنفسخُ بفسخِ أحدِهما وبالموتِ وبالجنونِ كالوَكالة. فإن انفسخَ والمالُ ناضٌّ لم يخفَ أمرُه. وإن كان عُروضاً فعلى العاملِ بَيعُه إن كانَ فيه ربح. ليَظهَرَ نصيبُه، وإن لم يكن ربحٌ فوجهان؛ مأخَذُ الوجوبِ أنه في عُهْدتهِ أن يرُدَّ كما أخذ. فإن لم يكن ربحٌ ورضي المالكُ به وقالَ العامل: «أبيعُه» لم يكن له ذلك إلا إذا وجَدَ زَبوناً[1] يستفيدُ به الربح.

ومهما باعَ العاملُ قَدْرَ رأسِ المالِ وجعلَه نقداً فالباقي مُشترَكٌ بينَهما وليس عليه بيعُه، وإن ردَّ إلى نقدٍ ليس من جنسِ رأسِ المالِ لزمَه الردُّ إلى جنسِه).

الباب يتضمن فصلين:

أحدهما: في فسخ القراض وفروعه: والقراض جائز كالوكالة والشركة، بل هو عينهما، فإنه وكالة في الابتداء، وقد تصير شركة في الانتهاء، فلكل واحد من المتعاقدين فسخه، والخروج منه متى شاء، ولا يحتاج فيه إلى حضور الآخر ورضاه[2].

---

(١) زبون: فعول بمعنى فاعل، أصله من زبن، يقال زبنت الناقة حالبها أي دفعته برجلها. ويقال للمشتري زبون، لأنه يدفع غيره عن أخذ المبيع. وهي كلمة مولدة. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٥١) (زبنت).

(٢) قال الشافعي: «ومتى شاء ربه أخذ ماله قبل العمل وبعده، ومتى شاء العامل أن يخرج من القراض خرج منه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

وعن أبي حنيفة[1]: اعتبار الحضور كما ذكره في خيار الشرط.

وإذا مات أحدهما أو جُنّ، أو أغمي عليه انفسخ العقد. ثم إذا فسخا أو أحدهما لم يكن للعامل أن يشتري بعده[2]، ثم ينظر: إن كان المال ديناً، فعلى العامل التقاضي والاستيفاء[3]، خلافاً لأبي حنيفة[4] حيث فرق بين أن يكون في المال ربح فيلزمه الاستيفاء، أو لا يكون[5] فلا يلزمه.

واحتج الأصحاب: بأن الدين ملك ناقص، وقد أخذ منه ملكاً كاملاً، فليرد كما أخذ.

وإن لم يكن ديناً، نظر: إن كان نقداً من جنس رأس المال ولا ربح، أخذه المالك[6]، وإن كان ربحاً اقتسماه بحسب الشرط[7]. فإن كان الحاصل في يده

---

(١) المقصود بشرط الحضور عند الحنفية: هو العلم، قال الكاساني: «من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه، حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ، وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ».
وقال: «لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه». «بدائع الصنائع» (٦/ ٧٧، ١٠٩).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٨)، «التهذيب» (٤/ ٣٩٧).

(٣) «لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال». «التهذيب» (٤/ ٣٩٩)، «المهذب» (١٤/ ٣٨٥).

(٤) وهذا: «لأنه إن كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الأجير، والأجير مجبور على العمل في ما التزم.
وإن لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة، فكان عمله عمل الوكلاء، فلا يُجبر على إتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن. غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه». «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٤)، انظر: «المبسوط» (٢٢/ ٧٠ - ٧١).

(٥) في (ز): (أو لا يكون ربح).

(٦) «ولا شيء فيه للعامل». «الحاوي» (٩/ ١٢٨).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٨).

مكسرة ورأس المال صحاح، نظر: إن وجد من يبدلها بالصحاح وزناً بوزن أبدلها، وإلا باعها بغير جنسها من النقد واشترى بها الصحاح[١]. ويجوز أيضاً[٢] أن يبيعها بعرض، ويشتري به الصحاح في أصحّ الوجهين[٣].

والثاني: لا يجوز؛ لأنه قد يتعوق عليه بيع العرض.

فإن كان المال نقداً من غير جنس رأس المال، أو عرضاً، فله حالتان: إحداهما: أن يكون فيه ربح، فعلى العامل بيعه إن طلبه المالك، وله بيعه، وإن أباه المالك. وليس للعامل تأخير البيع إلى موسم[٤] رواج المتاع؛ لأن حق المالك مُعجَّل[٥]، خلافاً لمالك[٦].

ولو قال للمالك: «تركت حقي إليك[٧]، فلا تكلفني البيع»، هل عليه الإجابة؟ فيه وجهان[٨]، أقربهما: المنع؛ ليرد المال كما أخذ[٩]، فإن في التنضيض مشقة ومؤونة.

---

(١) حذراً من الربا. انظر: «الوسيط» (٤/ ١٢٧).

(٢) قوله: (أيضاً) زيادة في (ز).

(٣) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٣٩٨).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (توسم).

والمَوْسِم: أصله من وَسَم الشيء وَسماً وسِمَةً، والسمة هي العلامة. وسمي الموسم بذلك، لأنه معلم يُجتمع إليه. ويقال: وسّمْت توسيماً إذا شهدت الموسم. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٦٠) (الوسمة).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٨).

(٦) عند المالكية: للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج البضاعة بحسب نظر الإمام، لئلا يذهب عمل العامل باطلاً. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٦٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٩)، «الخرشي» (٦/ ٢٢٣).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لك).

(٨) أطلقها الماوردي. «الحاوي» (٩/ ١٣٠)، وكذا في «التهذيب» (٤/ ٣٩٨).

(٩) لأن رد رأس المال مستحق عليه، وليس العرض رأس المال وإنما هو بدل عنه. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٠).

ثم اختلفوا في مأخذ الوجهين، وكيفية خروجهما:

فمن بانٍ لهما[١] على الخلاف في أنه متى يملك الربح[٢]؟ إن قلنا بالظهور لم يلزم المالك قبول ملكه[٣]، ولم يسقط به طلب البيع. وإن قلنا بالقسمة، فيجاب؛ لأنه لم يبق له توقع فائدة، فلا معنى لتكليفه تحمل مشقة.

ومِنْ مفرّعٍ لهما أولاً على أنّ حقّ العامل هل يسقط بالترك والإسقاط؟ وهو مبني على أن الربح متى يُملك؟ إن قلنا بالظهور لم يسقط كسائر المملوكات. وإن قلنا بالقسمة سقط على أصح الوجهين؛ لأنه ملك أن يملّك[٤]، فكان له العفو والإسقاط كالشفعة.

فإن قلنا: لا يسقط حقه بالترك، لم يسقط بتركه المطالبة بالبيع. وإن قلنا: يسقط، ففيه خلاف سنذكره في أنه هل يكلف البيع إذا لم يكن في المال ربح؟

ولو قال المالك: «لا تبع، ونقتسم العروض بتقويم عدلين»، أو قال: «أعطيك نصيبك من الربح ناضّاً»، ففي تمكن العامل من البيع وجهان، بناهما قوم من الأصحاب على أن الربح متى يملك[٥]؟ إن قلنا بالظهور فله البيع؛ لأنه قد يجد

(١) في (ز): (نازلهما).

نازل: يقال: نازله مُنازلة ونِزالاً وتنازلاً: نزل كل واحد منهما في مقابلة الآخر. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٠١) (نزل).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٨ - ٣٩٩).

(٣) المقصرد: ملك العامل لحصته من الربح الذي ظهر، ولا يلزم المالك قبوله، لأن العامل كأنه يريد أن يهب حقه وقبول الهبات لا يجب. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٨٤).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإنه ملك أن تملك).

والمقصود: أن القول بالقسمة يجعله مالكاً لنصيبه بحيث يملك تركه وإسقاطه. انظر: موضوع الإعراض عن الغنيمة قبل القسمة فيما سيرد (١٩/ ٦٢٦).

(٥) انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٨٤).

زبوناً يشتريه بأكثر من قيمته. وإن قلنا بالقسمة فلا؛ لوصوله إلى تمام[١] حقه بما يقوله المالك[٢].

وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالوجه الثاني، وقالوا: إذا غرس المستعير في أرض العارية، كان للمعير أن يتملكه عليه بالقيمة؛ لأن الضرر يندفع عنه بأخذ القيمة فهاهنا أولى[٣].

وحيث لزمه البيع، قال الإمام[٤]: الذي قطع به المحققون أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه قدر رأس المال، أما الزائد عليه، فحكمه حكم عرض آخر يشترك فيه اثنان لا يكلف واحد منهما بيعه.

ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه[٥]، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال. وإن كان من غير جنسه، باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد، ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد حصل به رأس المال.

[الحالة] الثانية: إذا لم يكن في المال ربح، هل للمالك تكليفه البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن غرض البيع أن يظهر الربح؛ ليصل العامل الى حقه منه، فإن لم يكن ربح وارتفع العقد، لم يحسن تكليفه بيعاً بلا فائدة.

---

(١) قوله: (تمام) زيادة في (ز).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٨).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٨).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٨٥).

(٥) في (ط الفكر): (بإذنه).

وأظهرهما[١]: نعم، وبه قال الشّيخان أبو محمّد وأبو علي، والقاضي الحسين؛ لأنه في عهده أن يرد المال كما أخذ، وإلّا لزم المالك في ردّه إلى ما كان كلفة ومؤونة.

وهل للعامل بيعها إذا رضي المالك بإمساكها؟ حكى الإمام[٢] فيه وجهين:

وجه المنع: أنه كفاه شغلاً بلا فائدة[٣].

ووجه الآخر: أنه قد يجد زبوناً يشتريه بزيادة.

وهذا ما ذكره عامة الأصحاب، وقالوا: له أن يبيع إذا توقع ربحاً بأن ظفر بسوق أو راغب. ورأى الإمام[٤] تفصيلًا فيه، وهو أنه ليس له البيع بما يساويه بعد الفسخ جزماً، وبيعه بأكثر مما يساويه عند الظفر بزبون محتمل؛ لأنه ليس ربحاً في الحقيقة[٥]، وإنما هو رزق مساق إلى مالك العروض.

وإذا قلنا: ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العروض، أو اتفقا على أخذ المالك العروض، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق، فهل للعامل نصيب فيه؛ لحصوله بكسبه، أم لا؛ لظهوره بعد الفسخ؟ فيه وجهان، **أظهرهما**: الثاني[٦].

---

(١) وقطع به الماوردي. «الحاوي» (٩/ ١٣٠).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٨٤-٤٨٥).

(٣) قطع به الماوردي وقال: «يمنع منه، لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً». «الحاوي» (٩/ ١٢٩).
وأطلق البغوي الوجهين. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٩).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٨٤-٤٨٥).

(٥) في (ي)، (ط الفكر): (التحقيق).

(٦) وقطع به الماوردي، لخروجه عن القراض. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٩).
وأطلق البغوي الوجهين. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٩).

وقوله في الكتاب: (وإن ردّ إلى نقد لا من جنس رأس المال لزمه الردّ إلى جنسه)، غير خافٍ مما أدرجناه في أثناء الكلام، ثم إنه يشمل ما إذا كان عند الفسخ نقداً من غير جنس رأس المال، وكان الردّ إليه قبل الفسخ، وما إذا باعه[١] بعد الفسخ.

فرع:

كما يرتفع القراض بقول المالك: «فسخته»، يرتفع بقوله للعامل: «لا تتصرّف بعد هذا»، وكذا باسترجاع[٢] المال منه.

ولو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض[٣]، انعزل[٤] العامل كما لو باع الموكّل ما وكّل ببيعه ينعزل الوكيل، أو لا ينعزل ويكون ذلك إعانة له، فيه وجهان، أشبههما: الثاني.

ولو حبس العامل ومنعه من التصرف، أو قال: «لا قراض بيننا»، ففي انعزاله وجهان أيضاً[٥]، ذكرهما أبو العباس الروياني في «الجرجانيات».

---

(١) قوله: (قبل الفسخ وما إذا باعه) سقط من (ط الفكر).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (وباسترجاع).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالقراض).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (فينعزل).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وجهان: أشهرهما: أنه لا ينعزل أيضاً)، وسياق الكلام يقتضي حذف هذه الجملة، وإلا لوجب أن يكون سياق العبارة هكذا: وجهان ذكرهما أبو العباس الروياني في «الجرجانيات»، أشهرهما: أنه لا ينعزل أيضاً.
ويؤيد ما ذكرته تعليق النووي على هذه المسألة، حيث قال: «ففي انعزاله وجهان، قلت: ينبغي أن يكون الأصح في صورة الحبس عدم الانعزال، وفي قوله: لا قراض بيننا الانعزال». ولم يورد العبارة المشار إليها في اختصاره. «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٢).

قال:

(ولو ماتَ المالكُ فلوارثِهِ مُطالَبَةُ العاملِ بالتَّنضيض، وله أن يُجدِّدَ العقدَ معه إن كانَ المالُ نقداً. وإن كان في المالِ ربحٌ أخذَ بقَدْرِ حِصّته مِن ربحِه عندَ القسمة، والباقي يَتَّبِعُ فيه مُوجَبَ الشرط.

وإن كان عَرْضاً ففي جوازِ التقريرِ عليه وجهان؛ وجهُ الجواز: أنه قد ظهرَ رأسُ المالِ وجنسُه مِن قَبْل، فلم تُوجَدْ عِلّـةُ[1] اشتراطِ النقديّةِ هاهنا.

وإن ماتَ العاملُ لم يجُزْ تقريرُ وارثِه على العَرْض، فإنه ما اشتراه بنفسِه فيكون كَلًّا[2] عليه. نعم؛ إنْ كانَ نقداً فهل ينعقدُ القِراضُ معهُ بلفظِ التقرير؟ فيه وجهان).

ذكرنا أن القراض ينفسخ بالموت، فإذا مات المالك، والمال ناض لا ربح فيه أخذه الوارث، وإن كان فيه ربح اقتسماه.

وإن كان عرضاً، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كما في حالة حصول الفسخ في حياتهما، وللعامل البيع هاهنا، حيث كان له البيع هناك، ولا يحتاج إلى إذن الوارث؛ اكتفاء بإذن من تلقى الوارث الملك عنه[3]، بخلاف ما إذا مات العامل حيث لا يتمكن وارثه من البيع دون إذن المالك؛ لأنه لم يرض بتصرفه[4].

---

(١) في (ز): (عليّة).

(٢) الكلّ: الثقيل لا خير فيه. انظر: «تاج العروس» فصل الكاف، باب اللام (٨/ ١٠١) (كلل).

(٣) والبيع من حقوق العقد الماضي، لكن ليس له الشراء إلا بعقد مستأنف. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣١)، «التهذيب» (٤/ ٣٩٦).

(٤) ولا ائتمنه عليه. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣١).

قال الشافعي: «وإن مات العامل، لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

وفي «التتمة» وجه: أن العامل أيضاً لا يبيع إلّا بإذن وارث المالك، والمشهور الأول. ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث.

ولو أراد الاستمرار على العقد، فإن كان المال ناضّاً فلهما ذلك بأن يستأنفا عقداً بشرطه، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع، وكذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط ألَّا يشاركه في اليد ويكون للعامل ربح نصيبه، ويتضاربان في ربح نصيب الآخر.

وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير، بأن يقول الوارث أو القائم[1] بأمره: «تركتك» أو «أقررتك على ما كنت عليه»؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال الشيخ أبو محمد ـ: لا؛ لأن العقد السابق قد ارتفع، وهذا ابتداء عقد، فلا بد من لفظ[2] صالح للابتداء، والتقرير يشعر بالاستدامة.

وأظهرهما ـ عند الإمام[3] ـ: نعم[4]؛ لفهم المعنى، وقد يستعمل التقرير لإنشاء عقد على موجب العقد السابق[5].

---

(١) في (ي)، (ز): (القيم).

القائم: أصله قام يقوم قوماً وقياماً، أي انتصب فهو قائم. ويأتي القيام بمعنى المحافظة والإصلاح، منه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَآئِمًا﴾ [آل عمران: ٧٥]، أي ملازماً محافظاً.

والقيّم: السيد وسائس الأمر، وقيّم المرأة زوجها، لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج إليه. وأصل قيم قويم على فعيل، وقيل أصله قيوم على فيعل، والقوّام المتكفل بالأمر. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب الميم (٩/ ٣٥ - ٣٧) (قوم).

(٢) في (ز): (لفظ)، وفي غيرها: (إذن).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٨٩-٤٩٠).

(٤) قوله: (نعم) سقط من (ز).

(٥) وكذا عند الماوردي حيث قال: «فإن أذنوا له في المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقداً مبتدأ». «الحاوي» (٩/ ١٣٠). وكذا البغوي، «التهذيب» (٤/ ٣٩٧).

وليكن الوجهان مفرعين على أن هذه العقود لا تنعقد بالكنايات، فإن قلنا تنعقد[١] فينبغي أن يُجزم بالوجه الثاني.

وإن كان المال عروضاً، ففي جواز تقريره على القراض وجهان:

عن أبي إسحاق[٢]: أنه جائز؛ لأنه استصحاب قراض، فيظهر فيه[٣] جنس رأس المال وقدره، فيجريان على موجبه، فلا يلزم مصير بعض رأس المال ربحاً، ولا ذهاب بعض الربح في رأس المال[٤].

والأظهر: المنع؛ لأن القراض الأول قد ارتفع، فلو وُجد قراض آخر لكان قراضاً[٥] مستأنفاً، وحينئذ يمتنع إيراده على العروض[٦].

والأول ظاهر لفظه في «المختصر»[٧]، لكن القائلين بالثاني حملوه على ما إذا كان المال ناضاً واستأنفا[٨] عقداً.

والأشبه: أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير، ولا يتسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء.

---

(١) قوله: (فإن قلنا تنعقد) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٢) «الحاوي» (٩/ ١٣١)، «التهذيب» (٤/ ٣٩٧).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في).

(٤) من قوله: (وقدره) إلى هنا سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٥) في (ي)، (ز): (عقداً).

(٦) وهذا قول ابن أبي هريرة. «الحاوي» (٩/ ١٣١).

(٧) قال الشافعي: «وإن مات رب المال صار لوارثه، فإن رضي ترك المقارض على قراضه، وإلا فقد انفسخ قراضه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢١).

(٨) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو)، وفي (ز): (واستأنفا).

ثم حكى الإمام[١] في ما إذا فسخ القراض في الحياة: طريقة طاردة للوجهين، وأخرى: قاطعة بالمنع، وهي[٢] الأشهر، وعليها يضعف وجه جواز التقرير بعد الموت[٣]. وهذا إذا مات المالك.

وإن مات العامل، واحتيج إلى البيع والتنضيض، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه فذاك، وإلّا تولاه منصوب من جهة الحاكم[٤]، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً، ولا يخرج على الوجهين المذكورين في موت المالك، وفرّقوا بينهما بوجهين:

أحدهما: أن ركن القراض من جانب العامل: عمله، وقد فات بفواته[٥]، ومن جانب المالك: المال، وهو باقٍ بعينه انتقل إلى الوارث[٦].

والثاني ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن العامل هو الذي اشترى العروض والظاهر أنه لا يشتري إلّا ما يسهل عليه بيعه وترويجه، وهذا المعنى لا يؤثر فيه موت المالك، وإذا مات العامل فربما كانت العروض كلّاً على وارثه؛ لأنه لم يشترها ولم يخترها.

وإن كان المال ناضّاً فلهما الاستمرار بعقد منشأ، وفي لفظ التقرير الوجهان السابقان، وهما كالوجهين في أن الوصية بالزائد على الثلث إذا جعلناها ابتداء عطية هل تنفذ بلفظ الإجازة؟

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٤٨٩-٤٩١).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وهو).

(٣) في (ز): «جواز التقرير بالموت».(م ع).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٦).

(٥) في (ي): (بوفاته).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٧).

ويجريان أيضاً في ما إذا انفسخ العقد الجاري بينهما، ثم أرادا إعادته، فقال البائع: «قررتك على موجب العقد الأول»، وقبل صاحبه.

وفي مثله من النكاح لا يعتبر ذلك، وللإمام احتمال فيه؛ لجريان لفظ النكاح مع التقرير.

وقوله في الكتاب: (فإن كان في المال ربح أخذ بقدر حصته من ربحه عند القسمة، والباقي يتبع فيه موجب الشرط).

مثاله: إذا كان رأس المال الموروث مئة، وربح عليه مئتين، وجدد الوارث العقد على النصف كما كان من غير أن يقتسما، فرأس مال الوارث[١] مئتان من الثلاثمئة والمئة الباقية للعامل، فعند القسمة يأخذها بقسطها من الربح، ويأخذ الوارث رأس المال مئتين[٢]، ويقتسمان ما بقي[٣].

وقوله: (فلم توجد علة اشتراط النقدية هاهنا)، أي لا يعتبر في التقرير كونه نقداً، بخلاف ما في الابتداء؛ لما مرّ.

وقوله: (فهل ينعقد القراض معه بلفظ التقرير؟ فيه وجهان)، أشار به إلى أن تجديد العقد جائز لا محالة، كما إذا مات المالك والمال نقد[٤]، وإنما الخلاف في الصورتين في الانعقاد بلفظ التقرير.

فأما إذا كان المال عرضاً في صورة موت المالك، فالخلاف هناك في أصل التقرير، فلذلك قال: (ففي جواز التقرير عليه وجهان).

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: (المال للوارث).

(٢) قوله: (مئتين) سقط من (ز).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٧).

(٤) في (ز): (نقد)، وفي غيرها: (نقداً).

قال:

(ومهمـا كـان استـردَّ الـمالكُ طائفةً من المالِ وكان إذ ذاك في المال ربحٌ فهو شائع، ويستقرُّ مِلكُ العاملِ على ما يخصُّه من ذلك القَدْرِ فلا يسقطُ بالنُّقصان. وإن كان فيه خُسْرانٌ لم يجبْ على العاملِ جبرُ ما يخصُّ المُستَرَدَّ من الـخُسْران).

استرداد المالك طائفة من المال، إن كان قبل ظهور الربح والخسران رجع رأس المال إلى القدر الباقي[1]. وإن كان بعد ظهور الربح في المال، فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة بين جملتي الربح، وبين[2] رأس المال، ويستقرّ ملك العامل على ما يخصّه بحسب الشرط مما هو ربح فيه، فلا يسقط بالنقصان الحادث بعده[3].

وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران، إن كان الخسران موزعاً على المسترد والباقي، فلا يلزم جبر حصّة المسترد من الخسران، كما أنه لو ردّ الكلّ بعد الخسران لم يلزمه شيء، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد، وحصته من الخسران.

مثال الاسترداد بعد الربح: رأس المال مئة وربح عليها عشرين، ثم استردّ المالك عشرين، فالربح سدس المال يكون المأخوذ سدسه ربحاً، وهو ثلاثة دراهم وثلث، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط المناصفة، وهو درهم وثلثا

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٥).

(٢) قوله: (بين) سقط من (ي)، (ز).

(٣) قوله: (بعده) زيادة في (ي)، (ز).

درهم، حتى لو انخفضت السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذ الكل، ويقول: «كان رأس المال مئة، وقد أخذت عشرين أضم إليها هذه الثمانين لتتم لي المئة»، بل يأخذ العامل من الثمانين درهماً وثلثي درهم، ويردّ الباقي وهو ثمانية وسبعون درهماً وثلث درهم[١].

ومثال الاسترداد بعد الخسران: رأس المال مئة وخسر عشرين، ثم استردّ العشرين، فالخسران يوزع على المستردّ، والباقي يكون حصة المسترد خمسة لا يلزمه جبرها، حتى لو ربح بعد ذلك، فبلغ المال ثمانين لم يكن للمالك أخذ الكل، بل[٢] يكون رأس المال خمسة وسبعين، والخمسة الزائدة تقسم بينهما نصفين، فيحصل[٣] للمالك من الثمانين سبعة وسبعون ونصف درهم[٤].

قال:

(وإن قالَ العامل: «تَلِفَ المالُ» أو «رَدَدتُّ» (و)، أو «ما رَبحتُ» أو «خَسِرتُ بعدَ الربح»، أو «هذا العبدُ اشتريتُه للقِراضِ» أو «لنفسي»، أو «مَا نَهيتَني عن شرائه»، وخَالفه المالكُ: فالقولُ قولُ العامل. وإن اختلفا في قَدْرِ ما شُرِطَ له فيتحالَفانِ ويُرجَعُ إلى أجرِ المِثلِ. وإن اختلفا في قَدْرِ رأسِ المالِ فالقولُ قولُ العامل؛ إذ الأصلُ عدمُ القبض).

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٦).

(٢) قوله: (بل) سقط من (ي).

(٣) (فيحصل): كذا في (ز)، وفي غيرها: (فيجعل).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٩٦).

الفصل الثاني من الباب: في التنازع، وله[١] وجوه:

منها: أن يدعي العامل تلف المال في يده، فهو مصدق بيمينه كالمودَع[٢]. نعم، إذا ذكر سبب التلف، ففيه تفصيل[٣] نؤخره إلى كتاب الوديعة[٤] إن شاء الله تعالى؛ لأن صاحب الكتاب أورد طرفاً منه هناك.

ومنها: إذا اختلفا في ردّ المال، ففيه وجهان[٥] ذكرناهما في باب الرهن[٦]، وأظهرهما ـ ما أجاب به في الكتاب[٧] ـ: وهو تصديق العامل[٨].

وأعلم قوله: (أو رددت)، بالواو؛ إشارة إلى ذلك الخلاف.

ومنها: إذا قال العامل: «ما ربحت»، أو قال: «لم أربح إلّا ألفاً»، وقال المالك: «بل ألفين»، صدق العامل بيمينه[٩].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وفيه).

(٢) قال الشافعي: «وهو مصدق في ذهاب المال مع يمينه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢١)، لأنه «مؤتمن في مال القراض، فلا يتعلق به ضمان». «الحاوي» (٩/ ١٢٣).

(٣) إن ادعى تلفه بأمر خفي كالغصب والسرقة: يقبل قوله مع يمينه.
وإن ادعى تلفه بأمر ظاهر كالحريق: أ ـ إن عُرف بتلك البلد، لا يُقبل قوله إلا ببينة.
ب ـ إن عرف وعمّ، قُبل قوله بلا يمينه. ج ـ إن وقع ولم يعم واحتمل عدم إصابته، يقبل قوله بيمينه.
انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠١).

(٤) انظر ما سيرد (١٢/ ٤٥٩).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٢٣).

(٦) تقدم ذكر هذه المسألة، وملخصها: أن الـمرتهن إن ادعى التلف أو الرد فهو كالمودَع عند المراوزة والقول قوله، وعند العراقيـين يُطالب بالبينة. انظر ما سلف (٧/ ٧٦-٧٧).

(٧) وكذا رجّحه في «الوسيط» (٤/ ١٣٠).

(٨) لأن معظم منفعة المال للمالك عدا السهم الذي جعله للعامل، فيُقبل قول العامل كالمودع. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٨٦).

(٩) «لأنه أمين». «التهذيب» (٤/ ٤٠٠).

ولو قال: «ربحت كذا»، ثم قال[١]: «غلطت في الحساب، إنما الربح كذا» أو «تبينت أن لا ربح»، أو قال: «كذبت في ما قُلتُ؛ خوفاً من انتزاع المالك[٢] المال من يدي»، لم يقبل رجوعه؛ لأنه أقرّ بحقّ لغيره فأشبه سائر الأقارير[٣].

وعن مالك[٤]: أنه إن كان بين يديه موسم يتوقع فيه ربح، يقبل قوله: «كذبت؛ لتترك المال في يدي لأربح في الموسم».

ولو قال: «خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه»، قُبِلَ[٥]. قال في «التتمة»: وذلك عند الاحتمال بأن عرض للأسواق كساد، فإن لم يحتمل لم يقبل.

ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال، أو التلف بعد قوله: «كنت كاذباً في ما قلت»، ورددنا قوله، قُبِلَ أيضاً[٦]، ولا نبطل أمانته بذلك القول السابق. هكذا قاله الأصحاب، ونسبه القاضي الروياني في «التجربة» إلى نصّه.

ومنها: قال العامل: «اشتريت هذا العبد للقراض» وقال المالك: «بل لنفسك»

---

(١) قوله: (قال) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٢) قوله: (المالك) زيادة في (ز).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٦)، «المهذب» (١٤/ ٣٨٧).
قال الـمُـزَنيّ: «لو قال العامل: «ربحت ألفاً»، ثم قال: «غَلِطت» أو «خِفت نزع المال مني فكذبت»، لزمه إقراره، ولم ينفعه رجوعه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٤) قال مالك في «الموطأ»: «لو قال: «ربحت في المال كذا وكذا»، فسأله رب المال أن يدفع إليه ماله وربحه، فقال: «ما ربحت فيه شيئاً، وما قلت ذلك إلا لأن تقره في يدي»، فذلك لا ينفعه، ويؤخذ بما أقرّ به، إلا أن يأتي بأمرٍ يُعرفُ به قوله وصدقه، فلا يلزمه ذلك». «الموطأ» ص٤٩١ - ٤٩٢. انظر: «المنتقى» (٦/ ١٧٩).

(٥) لاحتماله، وعليه اليمين إن كذبه رب المال. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٦).

(٦) «لأن دعوى التلف، لا يكذّب إقراره». «التهذيب» (٤/ ٤٠١).

وإنما يقع هذا الاختلاف عند ظهور خسران فيه غالباً[١]، أو قال العامل: «اشتريته لنفسي» وقال المالك: «بل للقراض»، فالقول قول العامل؛ لأنه أعرف[٢] بقصده ونيته[٣]، ولأنه في يده، وإذا ادّعى أنه ملكه، صدق[٤].

وعن ابن سريج، أن في الصورة الأولى قولاً آخر: أن القول قول الـمالك؛ لأن الأصل عدم وقوعه للقراض، كأحد القولين في ما إذا قال الوكيل: «بعت ما أمرتني ببيعه» أو «اشتريت ما أمرتني بشرائه»، فقال الموكل: «لم تفعل». والظاهر الأول.

قال في «المهذب»[٥] فلو أقام المالك بينة «أنه اشتراه بمال القراض»، يعني في الصورة الثانية، ففي الحكم بها وجهان، وجه المنع: أنه قد[٦] يشتري لنفسه بمال القراض متعدياً، فيبطل البيع[٧] ولا يكون للقراض.

ومنها: قال المالك: «كنت نهيتك عن شراء هذا العبد»، فقال العامل: «لم تنهني»، فالقول قول العامل؛ لأن الأصل عدم النهي، ولأنه[٨] لو كان كما يزعمه المالك لكان خائناً، والأصل عدم الخيانة[٩].

---

(١) قال الـمُـزَنّي: «وإن قال العامل: «اشتريته من مال القراض»، فقال رب المال: «بل لنفسك وفيه خسران»، فالقول قول العامل مع يمينه، لأنه مصدق في ما في يديه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٢) في (ز): (أخبر).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٠).

(٤) قـال الـمُـزَنّي: «وإن اشتـرى عبداً، وقال العامل: «اشتريته لنفسي بمالي»، وقال رب المال: «بل في القراض بمـالي»، فـالقول قـول العـامل مع يميـنه، لأنه في يده، والآخر مدع فعليه البينة». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٥) «المهذب» (١٤/ ٣٨٧).

(٦) قوله: (قد) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) قوله: (فيبطل البيع) سقط من (ز).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لأنه).

(٩) انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٨٧)، «التهذيب» (٤/ ٤٠٠).

ومنها: قال العامل: «شرطت لي نصف الربح»، وقال المالك: «بل ثلثه»، فيتحالفان؛ لأنهما اختلفا في عوض العقد[١]، فأشبه اختلاف المتبايعين[٢] في الثمن[٣]، وإذا حلفا[٤] فسخ العقد[٥]، واختص الربح والخسران بالمالك.

وللعامل أجرة مثل عمله[٦].

وفيه وجه: أنها إن كانت أكثر من نصف الربح، فليس له إلا قدر النصف؛ لأنه لا يدعي أكثر منه[٧].

ومنها: لو اختلفا في قدر رأس المال، فقال المالك: «دفعت إليك ألفين»، وقال العامل: «بل ألفاً»، فالقول قول العامل إن لم يكن في المال ربح؛ لأن الأصل عدم دفع الزيادة[٨]. وإن كان في المال ربح، فكذلك على الأصح[٩].

وفيه وجه: أنهما يتحالفان؛ لأن قدر الربح يتفاوت به[١٠]، فأشبه الاختلاف في القدر المشروط من[١١] الربح.

---

(١) في (ط الفكر): (النقد).

(٢) في (ز): (المتعاقدين).

(٣) قوله: (في الثمن) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تحالفا)، وما أثبته يتوافق مع ما في «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٦).

(٥) انظر ما سلف (٦/ ٣٨٦-٣٨٧).

قال النووي: «قلت وإذا تحالفا، فهل ينفسخ بنفس التحالف أم بالفسخ؟ حكمه حكم البيع كما مضى، قاله في «البيان»». «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٦).

(٦) «لأنه لم يسلم له المسمى، فرجع ببَدَل عمله». «المهذب» (١٤/ ٣٨٦).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٠).

(٨) «فلا يلزمه إلا ما أقرّ به». «المهذب» (١٤/ ٣٨٦).

(٩) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٠٠)، انظر: «الوسيط» (٤/ ١٣٠).

(١٠) قوله: (به) سقط من (ز).

(١١) في (ز): (في).

ومن قال بالأول، قال: الاختلاف في القدر المشروط من الربح اختلاف في كيفية العقد، والاختلاف هاهنا اختلاف في القبض[١]، فيصدق فيه الباقي[٢]، كما إذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن، فإن المصدق البائع[٣].

ولو قارض رجلين على مال، بشرط «أن يكون نصف الربح له، والباقي بينهما بالسوية»[٤]، فربحا، ثم قال المالك: «دفعت إليكما ألفين[٥]»، وصدقه أحدهما، وقال الآخر: «بل ألفاً»، لزم المقرّ ما أقرّ به، وحلف المنكر وقضي له بموجب قوله.

فلو كان الحاصل[٦] ألفين، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقرّ به، والباقي يأخذه المالك.

ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف، فزعم المنكر «أن الربح منها ألفان، وأنه يستحق منها خمسمئة»، فلتسلم إليه، ويأخذ المالك من الباقي ألفين من[٧] رأس المال؛ لاتفاق المالك والمقرّ عليه، يبقى خمسمئة يتقاسمانها أثلاثاً؛ لاتفاقهما على أن ما يأخذه المالك، مِثْلا ما يأخذه كل واحد من العاملين، وما أخذه المنكر كالتالف منهما.

---

(١) في (ط العلمية): (البعض)، والصحيح ما أثبته، وهو يتوافق مع ما ذكره في «المهذب» تعليلًا، حيث قال: «وهذا اختلاف في ما قُبض». «المهذب» (١٤/ ٣٨٧).

(٢) في (ط الفكر): (الثاني).

(٣) لأن الظاهر مع الذي ينكر. انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٨٧).

(٤) يجوز، «لأنه عقد على منفعة، فصح مع الواحد والجماعة، كالوكالة والإجارة». «الحاوي» (٩/ ١٥٨).

(٥) قوله: (ألفين) سقط من (ز).

(٦) في (ي)، (ط الفكر): (الأصل).

(٧) في (ز): (عن).

ولو قال المالك: «كان رأس المال دنانير»، وقال العامل: «بل دراهم»، فالمصدق العامل أيضاً. ولو اختلفا في أصل القراض، فقال المالك: «دفعت المال إليك لتشتري لي وكالة»، وقال من في يده: «بل قارضتني»، فالمصدق المالك، فإذا حلف أخذ المال وربحه، ولا شيء عليه للآخر.

وهذه فروع مبدّدة نختم بها الباب:

ليس للعامل التصرف في الخمر شراءً وبيعاً[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢] في ما إذا كان العامل ذِمِّياً. فلو خالف واشترى خمراً أو خنزيراً، أو أم ولد، ودفع المال في ثمنه عن علم، فهو ضامن[٣]. وإن كان جاهلًا، فكذلك على الأشهر؛ لأن حكم الضمان لا يختلف بالعلم والجهل.

وقال القفال: يضمن في الخمر دون أم الولد؛ إذْ ليس لها أمارة تُعرف به[٤].

وفي «التهذيب»[٥] وجه غريب: أنه لا يضمن فيها[٦].

وأبعد منه وجه نقله في «الشامل»: أنه لا يضمن حالة العلم أيضاً؛ لأنه ضمن الفضل بحسب رأيه[٧].

---

(١) قال الـمُزَنيّ: «لو اشترى في القراض خمراً أو خنزيراً أو أم ولدٍ دفع الثمن فالشراء باطل، وهو للمال ضامن». «مختصر الـمُزَنيّ» (٨/ ٢٢٢).

(٢) يجوز ذلك عند أبي حنيفة، وينبغي للمسلم أن يتصدق بحصته من الربح. وعند الصاحبين: تصرفه في الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة. انظر: «المبسوط» (٢٢/ ٦٠).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٥٨).

(٤) «لأنها في صورة القنَّة، لا يمكن التمييز بينهما». «التهذيب» (٤/ ٣٨٩).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٣٨٨).

(٦) في (ز): (فيهما).

(٧) في (ط العلمية): (بخسرانه).

ولو قارضه على «أن ينقل المال إلى موضع كذا[١]، ويشتري من أمتعته، ثم يبيعها هناك أو يردّها إلى موضع القراض»:

قال الإمام[٢]: ذهب الأكثرون إلى فساد القراض؛ لأن نقل المال من قُطْر إلى قطر عمل زائد على التجارة، فأشبه شرط الطحن والخبز[٣]، ويخالف ما إذا أذن له في السفر، فإن الغرض منه رفع الحرج.

وعن الأستاذ أبي إسحاق وطائفة من المحققين: إن شرط[٤] المسافرة لا يضر؛ فإنها الركن الأعظم في الأموال والبضائع الخطيرة.

ولو قال: «خذ هذه الدراهم قراضاً، وصارف بها مع الصَّيارفة»، ففي صحة مصارفته مع غيرهم وجهان، وجه الصحة: أن المقصود من مثله أن يكون تصرفه صرفاً لأقوام بأعيانهم.

ولو خلط العامل مال القراض بماله صار ضامناً[٥]. وكذا لو قارضه رجلان، هذا على مال وهذا على مال، فخلط أحدهما بالآخر. وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين، فخلط، خلافاً لأبي حنيفة في الصورة الأخيرة[٦].

ولو جرى ذلك بإذن المالك، بأن دفع إليه قراضاً، ثم دفع إليه ألفاً آخر وقال: «ضمه إلى الأول»: فإن لم يتصرف بعد في الأول جاز، وكأنه دفعهما إليه دفعة

---

(١) قوله: (كذا) سقط من (ط الفكر).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥٠٩).

(٣) لا يصح، وللعامل أجر المثل في ما عمل. فإن فعله العامل من غير شرط لم يستحق الأجر، وإن استأجر عليه فالأجرة من ماله. انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٨٥).

(٤) في (ط العلمية): (شرطا).

(٥) قال الماوردي: «إن كان بغير إذن رب المال، يبطل القراض». «الحاوي» (٩/ ١١٩).

(٦) هذا إذا فوض الرأي إليه. انظر: «المبسوط» (٢٢/ ١٥٧ - ١٥٨).

واحدة. وإن تصرف في الأول، لم يجز القراض في الثاني، ولا الخلط؛ لأن حكم الأول قد استقرّ بالتصرف ربحاً وخسراناً، وربح كل مال وخسرانه يختص به[1].

ولو دفع إليه ألفاً قراضاً، وقال: «ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحها لك وثلثاه لي» أو بالعكس، كان قراضاً فاسداً؛ لما فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي[2] في المال، ولا نظر إلى العمل بعد حصول الشركة في المال.

ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً، وعمرو كذلك، فاشترى لكل واحد منهما بألف عبداً، ثم اشتبها عليه، ففيه قولان عن رواية «حرملة»:

أحدهما: أن شراء العبدين ينقلب إليه ويغرم لها[3]؛ لتفريطه، حيث لم يفردهما حتى تولّد الاشتباه. ثم المغروم: عن[4] الأكثرين: الألفان. وقال بعضهم: يغرم قيمة العبدين، وقد تزيد على الألفين.

والقول الثاني: أن يباع العبدان، ويقسم الثمن بينهما، وإن حصل ربح فهو بينهم على حسب الشرط. فإن اتفق خسران، قالوا: يلزمه الضمان؛ لتقصيره.

واستدرك المتأخرون، فقالوا: إن كان الخسران لانخفاض السوق، لا يضمن؛ لأن غايته أن يجعل كالغاصب، والغاصب لا يضمن نقصان السوق.

قال إمام الحرمين: والقياس مذهبٌ ثالث وراء القولين، وهو أن يبقى العبدان لهما على الإشكال، إلى أن يصطلحا[5].

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٣٦).

(٢) في (ي)، (ز): (التشريك).

(٣) في «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٨): «لهما».(م ع).

(٤) في المطبوع من كتاب «العزيز» (٦/ ٤٩) و«روضة الطالبين» (٥/ ١٤٨): «عند».(م ع).

(٥) قال النووي: قال الجرجاني في «المعاياة»: «ولا يتصور خسران على العامل في غير هذه المسألة». «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٩).





كِتَابُ المُسَاقَاةِ





قال رحمه الله:

(كتاب المساقاة[1]

وفيه بابان:

الباب الأوَّل: في أركانها

وهي أربعة:

الأوَّل: مُتَعلَّقُ العقد: وهو الأشجار؛ إذ عليها يُستعمَلُ العاملُ بجزءٍ من الثِّمارِ كما يُستعمَلُ عاملُ القراض، إلَّا أنّ المُساقاة لازمةٌ مُؤقَّتة؛ وتُستحَقُّ الثِّمارُ فيها بمجرَّدِ الظُّهُورِ بخلافِ القِرَاض.

وأصلُها ما رُويَ «أنّه ﷺ ساقى أهلَ خيبرَ على النِّصفِ من الثمرِ والزَّرعِ»[2]).

---

(١) المساقاة في اللغة: أصلها من سقى وأسقى، أي جعل له ماء أو سُقياً فسقاه. قال الراغب: السقي والسُقيا أن تعطيه ما يشرب. والإسقاء أن تجعل له ذلك حتى يتناوله كيف شاء، فالإسقاء أبلغ من السقي. قال ابن السكيت: السقاء يكون للبن والماء، يقال: سقاه الله الغيث وأسقاه. انظر: «الصحاح» باب الواو والياء، فصل السين (٦٠/ ٢٣٧٩ - ٢٣٨٠) (سقى)، «تاج العروس» فصل السين، باب الواو والياء (١٠/ ١٧٩) (سقى).
واصطلاحاً: «المعاملة على النخل والشجر ببعض ثمره». «الحاوي» (٩/ ١٦٠).
وسميت بالمساقاة، لأن السقي محتاج إليه فيها غالباً، لا سيما في الحجاز فإنهم يسقون من الآبار. ولأنه أنفع أعمالها وأكثرها مؤونة.
وقيل: لأنها مفاعلة على ما يشرب بساق. وقيل: لأن موضع النخل والشجر يسمى سقياً. انظر: «الحاوي» (٩ / ١٦٠)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٢٢).

(٢) أخرجه البخاري بلفظ: «أن النبي ﷺ عامل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع»، كتاب =

صورة المساقاة: أن يعامل إنساناً على نخله[١] ليتعهدها بالسقي والتربية على أنّ ما رزق الله تعالى من ثمرة تكون بينهما.

ولفظ المساقاة مأخوذ من السقي؛ لأن أنفع الأعمال وأكثرها مؤونة وتعباً[٢] السقي، وخاصة بالحجاز[٣]؛ لأن أهلها يسقون[٤] من الآبار.

والمعتمد في جوازها: أن ابن عمر رضي الله عنهما روى أن النبي ﷺ «عامَلَ أهلَ خَيبَرَ على شَطْرِ ما يَخرُجُ منها من ثَمَرٍ أو زَرْع»[٥].

= الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه (٥/ ١٠) (٢٣٢٨). وأخرجه مسلم بلفظ: «أهل خيبر» أول كتاب المساقاة والمزارعة (١٠/ ٢٠٨). والترمذي في أبواب الأحكام، باب ما ذكر في المزارعة (٢/ ٤٢١) (١٤٠١)، وأبو داود، كتاب البيوع، باب في المساقاة (٣/ ٢٦٢) (٣٤٠٨). وابن ماجَهْ، كتاب الرهون، باب معاملة النخيل والكرم (٢/ ٨٢٤) (٢٤٦٧).

(١) في (ي)، (ز): (نخيله)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (نخله).
والنخل: اسم جنس جمعي (يُذكر ويؤنث) واحدته نخلة، والنخيل جمع نخل كعبد وعبيد. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب اللام (٨/ ١٣٠) (نخل).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو تعباً).

(٣) الحجاز، أو القطر الحجازي: يتألف من سراة الحجاز وتهامتها.
وسراة الحجاز تبدأ من جنوبي سراة الشام شمالاً وتنتهي عند وادي تثليث جنوباً.
وقد استقرّ الحد الشمالي بعد عام (١٣٤٣هـ) من جنوب العقبة وجنوب معان (مدينة في جنوب الأردن تبعد حوالي (٢٣٨ كلم) من تبوك) إلى حدود بادية العراق.
والحد الشرقي يصل إلى غربي فيد (تبعد (٤٥ ميل) من شرقي وجنوب شرقي حائل على منحدر جبل سلمى) في أرجح الأقوال.
والحد الغربي: البحر الأحمر. انظر: «معجم البلدان» (٣/ ١١٨)، (مدني، أمين عبدالله) «التاريخ العربي وجغرافيته» ص٩٥، ٩٧، ١١١، ١١٧، ١٤٧ (الهيئة المصرية العامة للكتاب، رقم الإيداع ٥٦٤٠، ١٩٧٦).

(٤) في (ي): (يستقون).

(٥) سبق تخريجه قريباً (ص: ٣٩٥).

ومن جهة المعنى: أن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، أو لا يتفرغ له[١]، ومَنْ يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار، فيحتاج ذلك إلى الاستعمال، وهذا إلى العمل، ولو تعاقدا عقد الإجارة للزم المالك غرم الأجرة في الحال، وربما لا يحصل له من الأشجار شيء، ويتهاون العامل، فلم يبذل المجهود في تعهدها؛ لأنه لا يتحصل من فوائدها على شيء، فدعت الحاجة إلى تجويز هذا العقد. وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣].

وخالف فيه أبو حنيفة[٤]. وقد يقيس الأصحاب المساقاة على القِراض في الحِجاج معه.

ومسائل الكتاب مذكورة في بابين: أحدهما: في أركان العقد. والثاني: في أحكامه كما ذكر في القِراض.

وأما التفاسخ والتنازع، فلم يفرد لهما باباً؛ لأن حظهما هين[٥] في[٦] هذا العقد.

أما التفاسخ فلأنه لازم، وسبيل الفسخ فيه سبيل الإقالات[٧]. وأما التنازع؛ فلأنه معلوم مما ذكره في القراض، وقد أشار إليه إشارة خفيفة[٨] في آخر الكتاب.

---

(١) قوله: (له) سقط من (ز).

(٢) «المدونة الكبرى» (٤/ ٢)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٢)، «المنتقى» (٥/ ١٢١).

(٣) «الكافي» (٢/ ٢٩٠)، «الإنصاف» (٥/ ٤٧٢)، «الفروع» (٤/ ٤٠٦).

(٤) هذا عند أبي حنيفة، لأنها استئجار ببعض الخارج وهو منهي عنه. وخالفه الصاحبان. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٨٥)، «الهداية» (٩/ ٤٧٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢١).

(٥) قوله: (هين) سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ط الفكر): (من).

(٧) تقدم معنى الإقالة. وقد اختلف في كون الإقالة فسخاً أو بيعاً، والصحيح ـ وهو الجديد ـ: أنها فسخ. انظر ما سلف (٦/ ٢٢٨).

(٨) في (ط الفكر): (خفية).

الباب الأول: في الأركان، وهي كأركان القِراض، إلا أنه ترك[١] ذكر العاقدين؛ اكتفاء بما مرّ في القِراض، فبقيت أربعة:

أحدها: الأشجار، وهي كرأس المال في القراض؛ لأنها محلّ العمل، والتصرف كالمال هناك. وقوله: (متعلّق العقد)، يمكن أن يضايق[٢] فيه فيقال: العقد كما يتعلق بالأشجار يتعلق بالثمار، ولذلك عُدّت[٣] الثمار ركناً للعقد.

وليس للترجمة اختصاص بالأشجار. نعم، لو قال: «متعلّق العمل»، كان قريباً.

وقوله: (إلا[٤] أنّ المساقاة لازمة) إلى آخره[٥]، لا يخفى على الناظر في[٦] لفظ الكتاب أنه ليس[٧] استثناؤه محقَّقاً، ثم الغرض منه بيان أن العقدين يشتركان في الأكثر ويفترقان في الأقل.

وذكر في افتراقهما مسائل:

إحداها: المساقاة ليس لأحد المتعاقدين فسخها، بخلاف القراض؛ لأن العمل في المساقاة يقع في أعيان تبقى بحالها، وفي القراض لا تبقى الأعيان بعد العمل والتصرف، فكان القراض شبيهاً بالوكالة والمساقاة بالإجارة. وأيضاً: فإنا لو حكمنا بالجواز، فربما يفسخ المالك بعد العمل وقبل ظهور الثمار، وحينئذ فإما أن

---

(١) قوله: (ترك) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يطابق).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (عدّ).

(٤) قوله: (إلا) سقط من (ز).

(٥) قوله: (إلى آخره) سقط من (ز).

(٦) كذا في (ز)، وفي (ط الفكر): (أن)، وفي (ط العلمية): (إلى).

(٧) قوله: (أنه ليس) من (ط الفكر).

نقطع حقّ العامل عنها أو لا نقطع: إن قطعناه، ضاع سقاء[١] العامل مع بقاء تأثيره في الثمار، وإنه ضرر. وإن لم نقطعه، لم ينتفع المالك بالفسخ، بل يتضرّر؛ لحاجته إلى القيام ببقية الأعمال.

ويخالف القراض، فإن الربح ليس له وقت معلوم، ولا له تأثر[٢] بالأعمال السابقة، فلا يلزم من فسخه ما ذكرناه[٣].

الثانية: المساقاة لا بد من تأقيتها كالإجارة وسائر العقود اللازمة، وهذا لأنها لو تأبدت لتصور من ليس بمالك بصور المالكين، وفيه إضرار بالمالكين. وأيضاً: فإن المساقاة تفتقر إلى مدة يقع فيها التعهد، وخروج الثمار، ولحصول[٤] الثمار غاية معلومة يسهل ضبطها، والقراض يخل به التأقيت؛ لأن الربح ليس له وقت معلوم، فربما لا يحصل في المدة المقدرة.

الثالثة: هل يملك العامل نصيبه من الثمار بالظهور؟ فيه طريقان:

إحداهما: أنه على القولين في ربح مال القراض.

وأظهرهما: القطع بأنه يملك. والفرق: أن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران، فلا يملك الربح حتى يسلم رأس المال عن الخسران المحوج إلى الجبران، والثمار ليست وقاية للأشجار[٥].

---

(١) في (ط الفكر): (شقاء).

(٢) في (ط الفكر): (تأثيره)، (ط العلمية): (يتأثر).

(٣) وأيضاً: لأن «نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل، فكان في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالعمل فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل». «الحاوي» (٩/ ١٦٥).

(٤) في (ز): (لخروج).

(٥) انظر: «المهذب» (١٤/ ٤١٠).

قال:

(وللأشجارِ ثلاثةُ شُروط[١]:

الأوَّل: أن يكونَ نخيلاً أو كَرْماً، وفي ما عداهما من الأشجارِ المثمرةِ قولان. وكُلُّ ما يَثبُتُ أصلُه في الأرض: فشجر، إلَّا البَقْلَ[٢] (و) فإنه يلتحِقُ بالزَّرْعِ والبِطِّيخ والباذِنْجانِ وقصبِ السُّكَّرِ[٣] وأمثالِهِ).

المساقاة على النخل وردت بها السنة، والكَرْم في معناها. وأما غيرهما من أنواع[٤] النبات، فينقسم إلى ما له ساق وإلى غيره: القسم الأول، ما له ساق وهو على ضربين:

الأول: ما له ثمر، كالتين والجوز واللوز والمشمش والتفاح ونحوها، وفيها قولان: القديم[٥] ـ وبه قال مالك[٦] وأحمد[٧] ـ: أنه تجوز المساقاة عليها؛ للحاجة

---

(١) كذا في (ي)، وفي (ز)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (ثلاث شرائط). وما أثبته يوافق قوله بعد ذلك: (الأول).

(٢) البقل: ما نبت في بزره لا في أروقة ثابتة، وقيل: كل ما اخضرّت به الأرض. قال الراغب: البقل ما لا يثبت أصله وفرعه في الشتاء.

قيل: الفرق ما بين البقل ودق الشجر، أن البقل إذا رعي لم يبق له ساق، والشجر تبقى له سوق وإن دقت. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب اللام (٧/ ٢٣١) (بَقَل).

(٣) قوله: (وقصب السكر) سقط من (ز).

(٤) قوله: (أنواع) زيادة في (ز)، (ط العلمية).

(٥) «الحاوي» (٩/ ١٦٩).

(٦) «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٢)، «المنتقى» (٥/ ١٢٨).

قال مالك: «السنة في المساقاة عندنا أنها تكون في كل أصل نخل أو كرم أو زيتون أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الأصول جائز لا بأس به». «الموطأ» (٤٩٧).

(٧) «الكافي» (٢/ ٢٨٩)، «الإنصاف» (٥/ ٤٦٦).

كالنخل والكرم. وأيضاً: فقد روي «أنه ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر»[١].

والجديد[٢]: المنع؛ لأنها أشجار لا زكاة في ثمارها، فأشبهت الأشجار الواقعة في الضرب الثاني.

وتخالف النخيل والكرم؛ لأن ثمارها لا تكاد تحصل إلا بالعمل وسائر الأشجار تثمر من غير تعهد وعمل عليها. ولأن الزكاة تجب في ثمرتها، فجوزت المساقاة سعياً في تثميرها؛ ليرتفق بها المالك والعامل والمساكين جميعاً. ولأن الخرص[٣] يتأتى في ثمرتها؛ لظهورها وتدلي عناقيدها، وثمار سائر الأشجار تنتشر وتستتر بالأوراق، فإذا تعذر الخرص تعذر تضمين الثمار للعامل[٤]، وربما لا يثق المالك بأمانته، فإذاً تجويز المساقاة عليها أهم[٥].

وفي شجر الـمُقْل[٦] وجهان ـ تفريعاً على الجديد ـ:

---

(١) أخرجه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣٧ - ٣٨) (١٥٣)، قال الحافظ ابن حجر: «وحكى (الدارقطني) عن شيخه ابن صاعد: أن شيخه (يوسف بن موسى القطان) وهم في ذكر الشجر ولم يقله غيره» «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٩) (١٢٨٠).

(٢) «الحاوي» (٩/ ١٧٠).

(٣) الخرص: الحذر والحدس والتخمين. وقيل هو التظني في ما لا تستيقنه. ومنه خرص النخل والتمر، لأن الخرص إنما هو تقدير بظن لا إحاطة. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب الصاد (٤/ ٣٨٥) (خرص).

(٤) في (ي)، (ز): (العامل).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٣).

(٦) المقل: منه المكي وهو ثمر شجر الدوم، الشبيه بالنخلة في حالاتها، ينضج ويؤكل، خشن قابض بارد مقوٍّ للمعدة، وهناك مقل هندي وصقلي وعربي، وهو صمغ شجرة شائكة كشجر اللبان، ويسمى الكور، أحمر طيب الرائحة، وهو دواء لكثير من الأمراض والعلل. انظر: «تاج العروس» فصل الميم، باب اللام (٨/ ١١٨) (مَقَل).

عن ابن سريج: تجويز المساقاة عليها تخريجاً[(١)]؛ لظهور ثمرتها[(٢)].

وقال غيره بالمنع؛ لأنه لا زكاة فيها.

والضرب الثاني: ما لا ثمرة له، كالدُّلب[(٣)] والصنوبر وما أشبههما، فلا تجوز المساقاة عليها[(٤)]. وعن الشيخ أبي علي وآخرين أنا إذا جوزنا المساقاة على غير النخل والكرم من الأشجار المثمرة، ففي المساقاة على شجر الفرصاد[(٥)] وجهان[(٦)]؛ تنزيلًا لأوراقها منزلة ثمار الأشجار المثمرة، وكذلك في شجر الخلاف[(٧)] لأغصانها التي تقصد كل سنة أو سنتين[(٨)].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٣).

(٢) في (ي)، (ز): (ثمرته).

(٣) الدُّلب ـ بالضم ـ: شجر عظيم، ورقه يشبه ورق الخروع إلا أنه أصغر منه، ومذاقه مر عصف، وله نوّار صغار، ويُسمى أيضاً بشجر الصِّنَّار بكسر الصاد وتشديد النون. انظر: «تاج العروس» فصل الدال، باب الباء (١/ ٢٤٧) (دلب).

(٤) لأن المساقاة تجوز على شجرة لها ثمرة تحصل بتعهد العامل، فيكون جزءٌ منها للعامل بإزاء عمله. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٣).

(٥) الفِرصَاد: شجر معروف وحمله التوت. وقد يطلق الفرصاد على التوت أو حمله أو أحمره. انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب الدال (٢/ ٤٥١) (الفِرْصِد)، «المصباح المنير» (٢/ ٤٦٨) (الفِرصاد).

(٦) قال البغوي: «قولان». «التهذيب» (٤/ ٤٠٣).

وسيأتي اعتراض الرافعي على الغزالي بأن هذا ليس محلّ القولين.

(٧) الخِلاف: على وزن كتاب، هو صنف من شجر الصفصاف، واحده خِلافة، ونصوا على تخفيف اللام. قال الصّغاني: وتشديدها من لحن العوام، ويسمى السوجر، وأصنافه كثيرة وكلها خوّار ضعيف. وقيل سمي بذلك، لأن السيل يجيء به سبياً فينبت من خلاف أصله. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٧٩) (خلف)، «تاج العروس» فصل الخاء، باب الفاء (٦/ ١٠١) (خلف).

(٨) والمذهب: أنه لا يجوز. «التهذيب» (٤/ ٤٠٣).

والقسم الثاني: ما لا ساق له من النبات، فلا تجوز المساقاة عليه، ومنه البطيخ والقثَّاء وقصب السكر والباذنجان، والبقول التي لا تثبت في الأرض ولا تُجَزُّ إلا مرّة[١].

وأما ما يثبت في الأرض ويُجزّ مرّة بعد أخرى، نقل صاحب «التتمة» فيه[٢] وجهين، الأصح المشهور: المنع؛ لأن المساقاة جوزت رخصة على خلاف القياس، فلا تتعدى إلى غير موردها. ومن هذا القبيل الزروع على تنوّعها، فلا يجوز أن يعامل على الأرض ببعض ما يخرج من زرعها، على ما سنشرحه في الفصل الذي يلي هذا الفصل.

وقوله في الكتاب: (وفي ما عداهما من الأشجار المثمرة قولان)، فيه لفظان: «الشجرة» و«الأثمار»:

أما الأثمار، ففي التقييد به بيان أن الشجر إذا لم يكن مثمراً[٣] لم تجز المساقاة عليه جزماً، وليس ذلك محل القولين.

وأما الشجر[٤] فقد بينه بقوله: (وكل ما يثبت أصله: فشجر)، أي هو الذي يجري فيه القولان. وأما ما لا ثبات له، فلا يقع عليه[٥] اسم الشجر، وليس ذلك موضع القولين.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٦٩).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (ز).

(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بيان أنه إذا لم يكن الشجر مثمراً).

(٤) في (ي): (لفظ الشجر).

(٥) في (ز): (يقع له).

وقوله: (إلا البقل)، يعني: أنه مع ثبوت عروقه في الأرض لا يقع عليه اسم الشجر، ولا يجري فيه القولان، وكان[١] اسم الشجر مخصوصاً[٢] بذي الساق في عرف أهل[٣] اللسان[٤]، قال الله تعالى: ﴿ وَٱلنَّجۡمُ وَٱلشَّجَرُ يَسۡجُدَانِ ﴾ [الرّحمن: ٦].

قيل في التفسير[٥]: النجم[٦]: ما لا ساق له من النبات، والشجر: ما له ساق. ولا يبعد إعلام قوله: (إلا البقل)، بالواو؛ للوجه المروي في «التتمة».

قال:

(ولا تجوزُ (و) هذه المعامَلةُ عليه؛ لنهيهِ ﷺ عنِ الـمُخابَرةِ[٧]؛ وهي أن يكونَ البَذرُ من العاملِ، وعنِ الـمُزارَعة[٨]؛ وهي (و) أن يكُونَ البَذرُ

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فكان).

(٢) في (ز): (معروف).

(٣) قوله: (أهل) زيادة في (ز).

(٤) الشجر ما قام على ساق، أو هو كل ما سما بنفسه دق أو جل، قاوم الشتاء أو عجز عنه، والواحدة شجرة، وتجمع على أشجار وشجرات. انظر: «تاج العروس» فصل الشين، باب الراء (٣/ ٢٩١) (شَجَر).

(٥) انظر: «التفسير الكبير» (٢٩/ ٨٩).

(٦) النجم من النبات: هو ما ظهر على وجه الأرض وطلع على غير ساق، وتسطح ولم ينهض. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٩٥) (النجم)، «تاج العروس» فصل النون، باب الميم (٩/ ٧٢) (نجم).

(٧) المخابرة في اللغة: مشتقة من خبرت الأرض خبراً، أي كثر خبارها، والخَبْر: الزرع، وهو أيضاً: السدر والأراك وما حولهما من العشب.
وقيل: أصل المخابرة من خيبر، لأن النبي ﷺ أقرها في أيدي أهلها على النصف من محصولها، فقيل: خابرهم أي عاملهم في خيبر.
وقيل: المخابرة: المؤاكرة، والخبير الأكار، والمخابرة: المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض.
وقيل: المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرهما. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب الراء (٣/ ١٦٧) (خبر).
واصطلاحاً: سيأتي تعريفها في النصّ. وانظر أيضاً: «المنهاج» ص٧٥.

(٨) المزارعة في اللغة: مشتقة من زرع يزرع زرعاً وزراعة. والزرع: نبات كل شيء يحرث. ويقال: =

من المالك. نعم، يَجوزُ ذلك على الأراضي الـمُتَخلِّلةِ بينَ النَّخيلِ والكرمِ تبعاً للمُساقاةِ بشرطِ اتِّحادِ العاملِ وعُسرِ إفرازِ[١] الأراضي بالعمل. فلو وقعَتْ مُتَغايرةً[٢]، بتعدُّدِ الصَّفْقة، أو بتَفاوتِ الجزءِ المشروطِ من الزَّرعِ وَالثمر، أو بكثرةِ الأراضي وإن عسُرَ إفرازُها[٣] بالعمل، أو بكونِ البَذْرِ من العامل: ففي بقاءِ حكْمِ التَّبعيّةِ في الصِّحّةِ خلاف).

المخابرة من الخبير وهو الأكّار ويقال: هي مشتقة من الـخَبَار، وهي الأرض الرخوة.

ثم ذهب بعض الأصحاب إلى أن المخابرة والمزارعة عبارتان عن معبر واحد[٤]، ويوافقه قوله في «الصِّحاح»[٥]: والخبير الأكّار، ومنه[٦] المخابرة وهي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض.

والصحيح ـ وهو ظاهر نصّ الشافعي[٧] رضي الله عنه ـ: أنهما عقدان

= طرح البذر، أو الإنبات، وقد غلب اسم الزرع على البر والشعير. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب العين (٥/ ٣٦٨) (زرع).
واصطلاحاً: سيأتي تعريفها في النصّ. وانظر أيضاً: «المنهاج» ص٧٥.

(١) في (ز): (إفراد).

(٢) في (ز): (مغايرة).

(٣) في (ز): (إفرادها).

(٤) منهم الـماوردي حيث قال: «الـمخابرة هي الـمزارعة». «الحاوي» (٩/ ٢٨٦). وكذا في «المهذب» (١٤/ ٤١٦).

(٥) باب الراء، فصل الخاء (٢/ ٦٤١) (خبر).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ولفظ).

(٧) حيث قال الشافعي: «والذي هو في معنى المزارعة الإجارة». «الأم» (٤/ ١٢).
وقال عن المخابرة: «إذا دفع إليه أرضاً بيضاء على أن يزرعها المدفوعة إليه، فما أخرج الله منها من شيء فله جزء معلوم، فهذه المخابرة». «مختصر الـمُزَنيّ» (٨/ ٢٢٣).

مختلفان[١]. فالمخابرة هي: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من العامل. والمزارعة هي: هذه المعاملة، والبذر من مالك الأرض. وقد يقال: المخابرة اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها[٢]، والمزارعة اكتراء العامل ليزرع الأرض ببعض ما يخرج منها، وحظ[٣] المعنى لا يختلف.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (وهي أن يكون البذر على العامل)، وكذا[٤]: (وهي أن يكون البذر من المالك)، بالواو؛ إشارة إلى قول من قال: هما عبارتان عن معبر واحد، فإن عند ذلك القائل ليس واحداً من هذين الخصوصين بداخل في واحد من اللفظين، بل هما عبارتان عن مجرد المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها.

وقد اشتهر في الأخبار النهي عن المخابرة: قال ابن عمر: «كنا نخابر، ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خَديجٍ: «أن النبيّ ﷺ نهى عنها»، فتركناها لقول رافع»[٥]. وعن جابرٍ وغيره: «أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة»[٦].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٧٦).

(٢) قال الشافعي: «المخابرة: استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٨).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وهذا).

(٤) من قوله: (في الكتاب) إلى هنا سقط من (ز).

(٥) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض (١٠/ ٢٠١). وابن ماجَهْ، كتاب الرهون، باب المزارعة بالثلث والربع (٢/ ٨١٩) (٢٤٥٠).

(٦) أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٥/ ٥٠) (٢٣٨١). ومسلم، كتاب البيوع، باب البيوع المنهي عنها (١٠/ ١٩٣ - ١٩٤). وأبو داود، كتاب البيوع، باب في المخابرة (٣/ ٢٦٢) (٣٤٠٤).

وأما المزارعة: فعن رواية ثابت بن الضحاك[١]: «أن النبي ﷺ نهى عن المزارعة»[٢].

وقال كثيرون: لم يرد فيها نهي، لكنها شُبّهت[٣] بالمخابرة فأُبطلت. وساعدنا على إبطال المخابرة والمزارعة معاً: مالك[٤] وأبو حنيفة[٥]، وأبطل أحمد[٦] المخابرة دون[٧] المزارعة. فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: (ولا تجوز هذه المعاملة عليه)، بالواو؛ لأن ابن سريج ـ في ما حكاه المسعودي ـ جوّز المزارعة[٨].

إذا تقرّر ذلك، فمهما أفردت الأرض بمخابرة[٩] أو مزارعة فالعقد باطل[١٠].

---

(١) ثابت بن الضحاك: ثابت بن الضحاك بن خليفة بن ثعلبة الأنصاري الأشهلي، شهد بيعة الرضوان، ولد سنة (٣ من البعثة)، وكان رديف النبي ﷺ يوم الخندق، ودليله إلى حمراء الأسد. توفي أيام ابن الزبير، وقال بعضهم سنة (٦٤هـ)، وقيل (٤٥هـ). انظر: «الإصابة في تمييز الصحابة» (١/ ١٩٣ - ١٩٤) (٨٩٤)، «أسد الغابة» (١/ ٢٧١ - ٢٧٢) (٥٥٩).

(٢) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض (١٠/ ٢٠٦).

(٣) في (ز): (قيست).

(٤) عند المالكية: لا تجوز المخابرة ابتداءً، وتجوز في البياض المتخلل في الحائط، مع المساقاة. ويكون البذر من العامل. انظر: «المنتقى» (٥/ ١٢٢)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٨ - ٣٧٩).

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢١).

(٦) انظر: «الكافي» (٢/ ٢٩٩)، «الإنصاف» (٥/ ٤٨١، ٤٨٣).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وكذلك)، وفي (ي): (وكذا)، وما أثبته من (ز)، وهو توافق مع مذهبهم.

(٨) قال النووي: «قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضاً ابن خزيمة وابن المنذر والخطّابي». وقال أيضاً: «والمختار جواز المزارعة والمخابرة». «روضة الطالبين» (٥/ ١٦٨).
وهذا ما يتناسب مع أحوال الناس وحاجتهم في العصر الحالي أيضاً.

(٩) (بمخابرة): كذا في (ز)، وفي غيرها: (مخابرة).

(١٠) «المهذب» (١٤/ ٤١٦)، «الحاوي» (٩/ ٢٨٧).

ثم إن كـان البذر للمـالك[١]، فـالريع لـه، وللعـامل أجـرة مثـل عمله، وأجرة مثل الآلات والثيران إن كانت له[٢]. وإن كان البذر [٣] للعامل، فالريع له، ولمالك الأرض أجرة مثل الأرض على العامل[٤]. وإن كان البذر بينهما[٥]، فالريع بينهما، ولكـل واحـد منهما على الآخر أجرة[٦] مثل[٧] ما انصرف من المنافع المستحقة له[٨] إلى جهة المزارعة[٩].

وإذا أرادا أن يكـون الـزرع بينهمـا على وجـه مشروع، من غيـر أن يـرجع أحدهمـا على الآخر بـشيء[١٠]، نظـر: إن كـان البذر بينهـما والأرض لأحدهما والعمل والآلات للثاني: فعن الشافعي رضي الله عنه[١١]: أن صاحب الأرض يعير نصف أرضه من العامل[١٢]، ويتبرع العامل بمنفعة بدنه ومنفعة آلاته، في ما يتعلق بصاحب الأرض. وقال الـمُـزَنيّ: يكري صاحب الأرض نصف أرضه من العامل بعشرة مثلاً، ويكتري العامل ليعمل على نصيبه بنفسه وآلاته بعشرة، ويتقاصَّان.

---

(١) في (ط العلمية): (للعامل).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٨٩).

(٣) قوله: (البذر) زيادة في (ط العلمية).

(٤) «لأنه بذلها في مقابلة عوض فوّته عليه فساد العقد، فرجع بقيمته». «الحاوي» (٩/ ٢٨٩).

(٥) في (ز): (منهما).

(٦) قوله: (أجرة) سقط من (ز).

(٧) قوله: (مثل) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٨) قوله: (له) سقط من (ز).

(٩) «على رب الأرض للعامل نصف أجرة عمله وبقَرِه وآلته، وعلى العامل لرب الأرض نصف أجرة أرضه». «الحاوي» (٩/ ٢٩٠).

(١٠) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (شيء).

(١١) «الحاوي» (٩/ ٢٩٠).

(١٢) قال الشافعي: «ويكون رب الأرض متطوعاً بالأرض». «الأم» (٤/ ١٣).

وقال الأصحاب: يكريه نصف أرضه بنصف منافع العامل، ومنافع آلاته المصروفة إلى الزراعة[١]. فهذه ثلاث طُرق، والثالث أحوطها.

وإن كان البذر لأحدهما خاصة: فإن كان لصاحب الأرض: أقرض نصف البذر من العامل، واكترى منه نصف الأرض بنصف[٢] ما عمله، ونصف منافع الآلات، وحينئذ لا شيء لأحدهما على الآخر إلا ردّ القرض[٣]. وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر[٤] ليزرع له النصف الآخر، وأعار منه نصف الأرض. وإن شاء استأجر بنصف البذر ونصف منفعة تلك الأرض[٥] ليزرع ما يبقى له[٦] من ذلك البذر في تلك الأرض.

وإن كان البذر للعامل: فإن شاء أقرض نصف البذر من صاحب الأرض، واكترى منه نصف الأرض بنصف عمله ومنافع الآلات. وإن شاء اكترى منه[٧] نصف الأرض بنصف البذر، ويتبرع بعمله ومنافع الآلات. وإن شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر[٨] ونصف عمله ونصف منافع الآلات.

ولا بد في هذه الإجارات من رعاية الشرائط، كرؤية الأرض والآلات وتقدير المدة وغيرها.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٠).

(٢) في (ز): (بمثل).

(٣) في (ط العلمية): (العوض). والمقصود أن يرد المستقرض ما استقرضه من البذر، وما يحصل يكون بينهما. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٠).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بنصف البذر ونصف منفعة تلك الأرض).

(٥) في (ط الفكر): (بنفقة تلك الأرض).

(٦) قوله: (له) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) قوله: (منه) زيادة في (ز).

(٨) من قوله: (ويتبرع بعمله) إلى هنا سقط من (ز).

هذا إذا أفردت الأرض بالعقد. أما إذا كان بين النخيل بياض، تجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل[١]، وعلى ذلك يحمل ما روي «أنه ﷺ ساقى أهل خيبر على نصف الثمر والزرع»[٢].

وسببه الحاجة؛ لعسر الإفراد، ومداخلة البستان.

ويشترط فيه: اتحاد العامل، فلا يجوز أن يساقي واحداً ويزارع آخر؛ لأن غرض الاستقلال لا يحصل. ويشترط أيضاً: تعذر إفراد النخيل بالسقي، وإفراد البياض بالعمل[٣]؛ لانتفاع النخيل بسقيه وتقليبه[٤]، فإن أمكن الإفراد لم تجز المزارعة على البياض. واختلفوا في اعتبار أمور أُخَر:

أحدها: اتحاد الصفقة[٥]: واعلم أن لفظ المعاملة يشمل المساقاة والمزارعة، فلو قال: «عاملتك على هذه النخيل والبياض بينهما بالنصف»، كفى. وأما لفظ المساقاة والمزارعة، فلا يغني أحدهما عن الآخر، بل يساقي على النخيل، ويزارع على البياض. وحينئذ فإن قدم المساقاة، نُظر: إن أتى بهما[٦] على الاتصال، فقد اتحدت الصفقة، وتحقق الشرط.

---

(١) قال الشافعي: «وإذا كان النخل منفرداً فعامل عليه رجلًا وشرط أن يزرع ما بين ظهراني النخل على المعاملة وكان ما بين ظهراني النخل لا يسقى إلا من ماء النخل ولا يوصل إليه إلا من حيث يوصل إلى النخل، كان هذا جائزاً». «الأم» (٤/ ١٢).

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث بلفظ «عامل» في أول هذا الكتاب ص٣٩٥.
وأما بلفظ «ساقى»، فأخرجه الدارقطني، كتاب البيوع، بلفظ: «ساقى يهود خيبر على تلك الأموال على الشطر» (٣/ ٣٨) (١٥٤).

(٣) في (ز): (بالعمارة).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تغليته).

(٥) قال الشافعي: «جاز أن يساقي عليه مع النخل لا منفرداً وحده». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٣).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بها).

وإن فصل بينهما؛ ففي وجه: تصح المزارعة؛ لحصولهما لشخص واحد[١].

والأصح[٢]: المنع؛ لأنها تتبع، فلا يجوز إفرادها، كما لو زارع مع غير عامل المساقاة.

وإن قدم المزارعة فسدت، فإن التابع لا يتقدم على المتبوع، كما لو باع بشرط الرهن لا يجوز تقديم شرط الرهن على البيع[٣].

وفيه وجه: أنها تنعقد موقوفة، إن ساقاه بعدها على النخيل بان صحتها، وإلا فلا.

والثاني: لو شرط للعامل من الثمر النصف[٤] ومن الزرع الربع:

فأحد الوجهين: أنه لا يجوز، ويشترط تساوي المشروط[٥]؛ لأن التفضيل يبطل التبعية، ألا ترى أنه لو باع شجرة عليها ثمرة لم يبد فيها الصلاح، وقال: «بعتك الشجرة بعشرة، والثمرةَ بدينار»، لم يجز إلا بشرط القطع[٦].

وأصحهما: الجواز[٧]؛ لأن المزارعة وإن جوزت تبعاً للمساقاة، فكل منهما عقد برأسه.

---

(١) ولأنها تبع للأصل، فلم يؤثر فيها إفرادها بالعقد. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٧٣)، «المهذب» (١٤/ ٤١٧).

(٢) كذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٠٦).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٦).

(٤) في (ز): (الثلث)، وفي (ي): (من الثمن الثلث).

(٥) في (ز): (الجزء المشروط).

(٦) وصححه البغوي، «التهذيب» (٤/ ٤٠٦). وفي وجه يجوز، «الحاوي» (٩/ ١٧٤).

(٧) «وهو قول البغداديين». «الحاوي» (٩/ ١٧٣)، وصححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٠٦).

والثالث: لو كثر البياض المتخلل فوجهان[١]، وإن عسر الإفراد:

أحدهما: المنع؛ لأن الأكثر لا[٢] يتبع الأقل.

وأصحهما[٣]: الجواز؛ لأن الحاجة لا تختلف.

ثم النظر في الكثرة، إلى زيادة الثمار والانتفاع، أو إلى ساحة[٤] البياض وساحة مغارس الأشجار؟ فيه تردد للأئمة.

والرابع: لو شرط[٥] كون البذر من العامل: جاز في أحد الوجهين، وكانت المخابرة تبعاً للمساقاة كالمزارعة. ولم تجز في أصحهما؛ لأن الخبر ورد في المزارعة، وهي أشبه بالمساقاة؛ لأنه لا يتوظف على العامل فيهما إلا العمل[٦].

وإن[٧] شرط[٨] أن يكون البذر من المالك والثور من العامل، أو بالعكس،

---

(١) أطلقها في «الحاوي» (٩/ ١٧٣).

(٢) قوله: (لا) سقط من (ي).

(٣) كذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).
في (ط العلمية): (وأشبههما).

(٤) في (ط العلمية): (مساحة).
والساحة: الناحية، أو الفضاء يكون بين الدور ونحو ذلك، وساحة الدار: باحتها، أي الموضع المتسع أمامها.
والمساحة ـ بالكسر ـ: يقال مسح الأرض مسحاً ومساحة، أي ذرعها. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب الحاء (٢/ ١٦٨) (ساح). فصل الميم، باب الحاء (٢/ ٢٢٢) (مسح). «المصباح المنير» (١/ ٢٩٤) (سوح، ساحة).

(٥) في (ز): (شرطا).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٦).

(٧) قوله: (وإن) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٨) في (ز): (شرطا).

ففيه وجهان عن أبي عاصِمٍ العَبَّاديِّ. قال[١] والأصح: الجواز إذا كان البذر مشروطاً على المالك؛ لأنه الأصل، فكأنه اكترى العامل وثوره. قال: وإن حكمنا بالجواز في ما إذا شرط الثور على المالك والبذر على العامل، فينظر: إن شرط الحب والتبن[٢] بينهما، جاز. وكذا لو شرط الحب بينهما والتبن لأحدهما؛ لاشتراكهما في المقصود. وإن شرط[٣] التبن لصاحب الثور وهو[٤] المالك، والحب للآخر، لم يجز؛ لأن المالك هو الأصل، فلا يحرم المقصود. وإن شرط[٥] التبن لصاحب البذر وهو العامل، فوجهان. وقيل: لا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلاً؛ لأنه شركة[٦] مع الانقسام، فأشبه ما إذا ساقاه على الكروم والأشجار، وشرط ثمار الكروم لأحدهما، وثمار الأشجار للآخر.

واعلم أنهم أطلقوا القول في المخابرة بوجوب أجرة المثل للأرض، لكن في «فتاوى القفال» و«التهذيب»[٧] وغيرهما: أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليغرس أو يبني أو يزرع فيها من عنده، على «أن تكون بينهما على النصف»، فالحاصل للعامل، وفي ما يلزمه من أجرة الأرض وجهان:

أحدهما: أن الواجب نصف الأجرة؛ لأن نصف الغراس كان يغرسه لرب الأرض بإذنه، فكأنه رضي ببطلان نصف منفعته من الأرض.

---

(١) قوله: (قال) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) «التبن: ساق الزرع بعد دياسه». «المصباح المنير» (١/ ٧٢) (التبن).

(٣) في (ز): (شرطا).

(٤) قوله: (وهو) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ز): (شرطا).

(٦) في (ز): «لأنه لا شركة».(م ع).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٢٨٥).

وأصحهما: وجوب الجميع؛ لأنه لم يرض ببطلان المنفعة إلا إذا حصل له نصف الغراس، فإذا لم يحصل وانصرف كل المنفعة إلى العامل[(١)] استحقّ كل الأجرة. فإذاً ما أطلقوه في المخابرة، اقتصار منهم على الأصح.

ثم العامل يُكلّف نقل البناء والغراس إن لم تنقص قيمتها[(٢)]. وإن نقصت لم يقلع مجاناً؛ للإذن. ويتخير مالك الأرض فيهما تخير المعير، والزرع يبقى إلى الحصاد[(٣)].

ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير عقد، قلع زرعه مجاناً. وعن مالك[(٤)] رضي الله عنه: أنه إن كان دون ثلث البستان كان تابعاً.

وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوى النخيل والكروم من الأشجار المثمرة على الانفراد، ففي جوازها تبعاً للمساقاة كالمزارعة وجهان[(٥)].

* * *

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (للعامل).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية) (قيمتها)، وفي (ي)، (ز): (قيمتهما).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٢٨٥).

(٤) قال مالك: «وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر، ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك، وذلك أن البياض حينئذ تبع للأصل». «الموطأ» ص٤٩٩. انظر: «المنتقى» (٥/ ١٣٦).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٦ - ٤٠٧).

قال رحمه الله:

(الثـاني: أن لا تَـكونَ الثِّمـارُ بَارزة. فإن سـاقى بعـد البُـروزِ (م) فسدَ على القديم، وصحَّ على الجديد؛ لأنه عـن الغـررِ أبعـد؛ إذ العِـوضُ مَوْثوقٌ به).

لو أخّر هذا الشرط إلى الركن الثاني لكان جائزاً أو أحسن. وفقهه: أن في جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولين:

رواية «البويطي»: المنع[1]؛ لأن الثمرة إذا ظهرت وملكها رب البستان كان شرط شيء منها كشرط شيء من النخيل. وأيضاً: مقصود المساقاة أن تخرج الثمار بعمله.

وفي «الأم»[2]: أنها جائزة، وبه قال مالك[3] وأحمد[4]، وهو الأصح؛ لأن العقد والحالة هذه أبعد عن الغرر والوثوق بالثمار، فهو أولى بالجواز[5].

وفي موضع القولين ثلاثة طُرقٍ، جمَعها مَنْ شَرَح «مختصر الجويني»:

---

(١) انظر: «المهذب» (١٤/ ٣٩٩)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٦٦).

(٢) قال الشافعي: «كانت المساقاة إذا بدا صلاح الثمر وحلَّ بيعُه وظهَرَ أَجْوَزُ». «الأم» (٤/ ١١).

(٣) قال في «المدونة»: «قلت: أرأيت النخل إذا كان فيه ثمر لم يحل بيعه، أيجوز فيه المساقاة في قول مالك؟ قال: نعم». «المدونة الكبرى» (٤/ ٥)، انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ٣٧٣).

(٤) هذا هو المذهب عند الحنابلة وعليه أكثر الأصحاب.

وعنه رواية أخرى بالمنع، لإفضائها إلى أن يستحق جزءًا من النماء الموجود قبل العمل، كالمضاربة بعد الربح. انظر: «الكافي» (٢/ ٢٨٩)، «الإنصاف» (٥/ ٤٧٠).

(٥) «الوسيط» (٤/ ١٣٩).

أظهرها: أن القولين في ما إذا لم يبد الصلاح فيها، فأما بعده فلا تجوز بلا خلاف[١]؛ لأن تجويز المساقاة لتربية الثمار وتنميتها وهي بعد الصلاح، لا تتأثر بالأعمال.

والثاني: إجراء القولين في ما إذا بدا الصلاح، وفي ما إذا لم يبد ما لم يتناه نضجها، فإن تناهى ولم يبق إلا الجذاذ، لم يجز بلا خلاف.

والثالث: إجراء القولين في جميع الأحوال، وهذه قضية إطلاق المصنف.

فأما إذا[٢] كان بين النخيل بياض، تجوز المزارعة عليه تبعاً. فلو كان فيه زرع موجود، ففي جواز المزارعة وجهان؛ بناء على هذين القولين.

ويجوز إعلام قوله في الكتاب: (فسد)، بالميم والألف؛ لما ذكرناه من مذهبهما. وتعبيره عن القولين بـ (بالقديم) و(الجديد) شيء اتبع فيه الإمام[٣]، ولم يتعرض الجمهور لذلك. ولا يمكن تنزيل القديم على رواية «البويطي»، فإن كتابه معدود من الجديد.

وقوله: (إذ العوضُ موثوقٌ به)، أي عوض العمل وهو الثمار.

* * *

---

(١) وهو ما حكي عن المُزَنيّ أنه قال: «إن كان قبل بدء الصلاح جاز، وإن كان بعده لم يجز». «حلية العلماء» (٥/ ٣٦٦). وأطلق ذكر القولين في «التهذيب» (٤/ ٤٠٤).

(٢) في (ي)، (ز): (وإذا).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٨-٩).

قال رحمه الله:

(الثالث: أن تكونَ الأشجارُ مرئيّة. وإلَّا فهو باطل؛ للغرر. وقيل: إنّه على قولَي بيعِ الغائب).

هل يشترط في المساقاة رؤية الحديقة والأشجار؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على قولي بيع الغائب[١].

وثانيهما: القطع بالاشتراط وإبطال العقد عند عدم الرؤية؛ لأن المساقاة عقد غرر من حيث إن العوض معدوم في الحال، وهما جاهلان بمقدار ما يحصل وبصفته[٢]، فلا يحتمل فيه[٣] غرر عدم الرؤية أيضاً. وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح هذه الطريقة.

* * *

(١) انظر ما سلف (٥/ ٤١١).

(٢) في (ي)، (ز): (وبصفاته).

(٣) في (ي)، (ز): (فيها).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الثاني: الثِّمارُ:

وليكن مخصوصاً بما شرطا على الاستيهام[١]، معلوماً (و) بالجزئيّةِ لا بالتقدير؛ كما في القِراض).

يشترط في الثمار: أن تكون مخصوصة بالمتعاقدين مشتركة بينهما، ومعلومة[٢]؛ وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير، وهي بعينها شروط الربح في عقد القِراض. فلو شرط[٣] بعض الثمار لثالث، فسد العقد. وكذا لو قال: «ساقيتك على أن كل الثمار لك» أو «كلها لي». وفي استحقاق الأجرة عند شرط الكل للمالك، وجهان كما في القراض:

قال الـمُـزَنيّ ـ وهو الأصح ـ: لا أجرة له؛ لأنه عمل مجاناً.

وقال ابن سريج: يستحقها[٤]؛ لأن المساقاة تقتضي العوض، فلا تسقط بالتراضي[٥] كالوطء في النكاح.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الاستبهام).

والاستيهام: أصله من السهم وهو النصيب، يقال أسهمت له، أي أعطيته سهماً. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٩٣) (السهم).

(٢) في (ز): (ومعلومة النصيبين).

قال الشافعي: «ولا تجوز المساقاة إلا على جزء معلوم، قل ذلك أو كثر». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٣). انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٧).

(٣) في (ي): (شرطا).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٨).

(٥) في (ز): (بالرضا).

ولو قال: «ساقيتك على أن لك جزءاً من الثمار»، فسد أيضاً. ولو قال: «على أنها بيننا»، أو «على أن نصفها لي» وسكت عن الباقي، أو «على أن نصفها لك» وسكت عن الباقي، أو «على أن ثمرة هذه النخلة» أو «النخلات لك» أو «لي[1] والباقي بيننا»، أو «على أن صاعاً من الثمرة لك» أو «لي، والباقي بيننا»[2]، فكل ذلك[3] كما مرّ[4] في القراض.

وقوله في الكتاب: (شرطا على الاستيهام)، أي: على الاشتراك، فقد استعمل الاستيهام والمساهمة بمعنى الاشتراك والمشاركة، وإن كان الأصل في الاستيهام الاقتراع[5]، وهذا بدل قوله في القراض ـ عند ذكر شروط الربح ـ: (مشتركًا).

وقد تُقرأ هذه اللفظة: (على الاستبهام)؛ ذهاباً[6] إلى أن المراد منه ضد التعيين والتقدير؛ ليخرج عنه ما إذا شرط ثمرة نخلة بعينها لأحدهما أو التقدم بصاع وما أشبهه. لكن الأول أولى؛ لأن هذا هو معنى قوله: (بالجزئية لا بالتقدير).

---

(١) قوله: (أولي) سقط من (ز).

(٢) قال الشافعي: «وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز، وكذلك لو اشترط أحدهما على صاحبه صاعاً من تمر لم يجز، وكان له أجرة مثله في ما عمل».

وقال: «ولو ساقاه على نخل على أن للعامل ثلث الثمرة ولم يقولا غير ذلك كان جائزاً، وما بعد الثلث فهو لرب النخل، وإن اشترطا أن لرب النخل ثلث الثمرة ولم يقولا غير ذلك كان فاسداً». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٣ - ٢٢٤).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٧ - ٤٠٨)، «المهذب» (١٤/ ٤٠٨).

(٤) قوله: (مر) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٥) في (ز): (الإقراع).

يقال: استهم وتساهم الرجلان مساهمة، أي تقارعا مقارعة. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب الميم (٨/ ٣٥٣) (سهم)، «المصباح المنير» (١/ ٢٩٣) (السهم).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ذهاباً منه).

ويجوز إعلامه بالواو؛ لأن صاحب «التتمة» حكى وجهاً في صحة المساقاة إذا شرط كل الثمرة للمالك للعامل لغرض القيام وتعهد الأشجار وتربيتها.

قال:

(ولو ساقى على وَدِيٍّ[1] غيرِ مَغروسٍ لَيغرِسَه فهو فاسد (و)؛ فإنّه كتسليم البَذْر. وإن كانَ مغروساً وقُدِّرَ العقدُ بمُدّةٍ لا يُثمِرُ فيها فهو باطل. وإن كانَ يُتوهَّمُ وجودُ الثِّمار؛ فإن غلبَ الوجودُ صحّ (و)، وإن غلبَ العدمُ فلا (و)، وإن تساوى الاحتمالانِ[2] فوجهان. ثُمَّ إن ساق عشَر سنيَن وكانتِ الثَّمرةُ لا تُتوقَّعُ إلَّا في العاشرةِ جاز، فيكونُ ذلك في مُقابلةِ كُلِّ العمل: كالأشهرِ من سنةٍ واحدة).

إذا ساقاه على وَدِيّ ليغرسه، ويكون الشجر بينهما، فالعقد فاسد؛ لأنه كتسليم البذر في المزارعة[3].

وإن قال: «لتغرسه وتتعهد الشجرة مدة كذا على أن تكون الثمرة الحاصلة بيننا»، فهو فاسد أيضاً؛ لأنه قد لا يعلق، ولا حاجة إلى احتمال هذا النوع من الغرر[4]. وأيضاً: فالغراس ليس من أعمال المساقاة، فضمه إليها كضم[5] غير التجارة إلى عمل القِراض[6].

---

(١) وَدِيّ: على فعيل، وهو صغار الفسيل، والواحدة وَدِيّة. والفسيل: صغار النخل، واحدته فسيلة وهي التي تُقطع من الأم أو تُقلع من الأرض فتغرس. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٥٤) (ودى)، (٢/ ٤٧٣) (الفسيل).

(٢) في (ز): (الاحتمال).

(٣) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٣٩).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الضرر).

(٥) في (ي)، (ط الفكر): (كضمه).

(٦) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٣٩).

وإذا عمل العامل في هذا العقد الفاسد، استحق أجرة المثل إن كانت الثمار متوقعة في تلك المدة، وإلا فعلى ما ذكرنا من خلاف الـمُـزَنيّ وابن سريج.

وفي المسألة وجه: أن الحكم كما لو كان الوَدِي مغروساً وساقاه عليه؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه في المساقاة.

وأبعد منه وجه ـ عن حكاية صاحب «التقريب» ـ: في ما إذا شرط بعض الشجرة للعامل.

ولو ساقاه على وَدِيّ مغروس، نُظر: إن قدّر للعقد[1] مدة لا يثمر فيها في العادة، لم تصح المساقاة[2]؛ لخلوّها عن العوض، كالمساقاة على الأشجار التي لا تثمر[3]. وإذا عمل، ففي استحقاقه أجرة المثل الخلاف السابق[4]. قال الإمام[5]: هذا إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها، وإن كان جاهلاً قطعنا باستحقاق الأجرة.

وإن قُدِّرَ بمُدّة يثمر فيها غالباً صحّ[6]، ولا بأس بخلوّ أكثر سِنِّي المدة عن

---

(١) في (ي)، (ز): (العقد).

(٢) قال الـمُـزَنيّ: «ولو ساقاه على ودي لوقت يعلم أنه لا يثمر إليه، لم يجز». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٥).

(٣) و«لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، وذلك لا يوجد». «المهذب» (١٤/ ٤٠٥).

(٤) قال الـمُـزَنيّ: لا يستحق، لأنه رضي أن يعمل بغير عوض. وقال ابن سريج: يستحق، لأن العمل في المساقاة يقتضي العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح. «المهذب» (١٤/ ٤٠٥). انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٨).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٤-٥٥).

(٦) وهو قول ابن أبي هريرة وابن أبي علي الطبري.
وفي وجه: أن الـمساقاة باطلة، لتفويت عمله في الأعوام الـمتقدمة بغير بدل. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٨).

الثمرة، مثل أن يساقيه عشر سنين، والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة، وتكون هي بمثابة الأشهر من السنة الواحدة.

ثم إن اتفق أنها لم تثمر، لم يستحق العامل شيئاً، كما لو قارضه فلم يربح، أو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر. وإن قدّره بمدة يحتمل أن تثمر فيها، ويحتمل ألا تثمر فوجهان:

أصحهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق؛ لأنه عقد على عوض غير موجود ولا غالب الوجود، فأشبه السلم في معدوم إلى وقت يحتمل أن يوجد فيه ويحتمل خلافه[1].

والثاني: يصح[2]، ويكتفى بالاحتمال ورجاء الوجود[3]، فعلى هذا إن أثمرت استحقّ، وإلّا فلا شيء له. وعلى الأول، يستحق أجرة المثل[4]؛ لأنه عمل طامعاً.

هذه الطريقة التي ذكرها عامة الأصحاب، وجعلوا توقع حصول الثمرة على ثلاث مراتب كما فصلناها. ونسب الإمام[5] هذه الطريقة إلى القاضي، وحكى طريقتين أخريين:

إحداهما: أنه إن غلب عدمها في تلك المدة بطل، وإلا فوجهان.

والثانية: أنه[6] إن غلب وجودها صح، وإلاّ فوجهان.

---

(١) انظر: «المهذب» (١٤/ ٤٠٥).
قال الماوردي: «لترددها بين جائز وغير جائز». «الحاوي» (٩/ ١٩٨).

(٢) وهو قول ابن أبي هريرة، كما لو أذن له بالمضاربة في سفر مخوف صح العقد، وإن جاز تلف المال كجواز سلامته. «الحاوي» (٩/ ١٩٨).

(٣) انظر: «المهذب» (١٤/ ٤٠٥).

(٤) سواء أثمرت النخل أم لم تثمر. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٩).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٧-٥٨).

(٦) قوله: (أنه) زيادة في (ط العلمية).

فيجوز أن يعلم للأولى قوله: (فإن غلب الوجود صح)، بالواو، وللثانية قوله: (فإن غلب العدم فلا).

واعلم أن صور الفصل مبنية على تجويز المساقاة أكثر من سنة، وهو الصحيح، وستعرف ما فيه من الخلاف.

فرع:

دفع إليه وَدِيّاً ليغرسه في أرض نفسه على «أن يكون الغراس للدافع، والثمار بينهما»، فهو فاسد، وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه.

ولو دفع إليه أرضه ليغرسها بوديّ نفسه على «أن تكون الثمرة بينهما»، فهو فاسد[1] أيضاً، ولصاحب الأرض أجرتها على العامل.

قال:

(ولو قال: «ساقيتُكَ على أنّ لك منَ الصَّيحانيِّ[2] نصفَه، ومن العجْوةِ[3] ثُلثَه» لم يصحَّ إلا إذا عرفَ مِقدارَ الأشجار. وإن شرطَ النِّصفَ منهما لم يُشترَط معرفةُ المقدار[4]).

---

(١) من قوله: (وللعامل عليه) إلى هنا سقط من (ي)، (ط الفكر).

قال الماوردي في هذه المسألة: «وكان العقد فاسداً، لأن عقد المساقاة لم يصح، لأنه لم يقع على عين قائمة». «الحاوي» (٩/ ١٩٩).

(٢) الصَّيحانيّ: تمر معروف بالمدينة، يقال كان كَبْش اسمه صيحان، شُد بنخلة فنسب إليه. ويقال: صيحانية. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٥٣) (صاح).

(٣) العجوة: أم التمر وهي أكبر من الصيحاني، تضرب إلى السواد. ويقال: هو مما غرسه النبيّ ﷺ بيده. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الواو والياء (١٠/ ٢٣٤) (عَجَا).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الأقدار).

ولو ساقاهُ على إحدى الحديقتَينِ لا بعينها، أو على أنه إن سقى بماءِ السَّماءِ فله الثُّلُثُ أو بالدالِيةِ[١] فله النِّصف: فهو فاسد؛ لتردُّدِه بينَ جهتين[٢]).

إذا كان في الحديقة نوعان من الثمر فصاعداً كالصيحاني والعجوة والدَّقَل[٣]، فساقى مالكها رجلاً على «أنّ له من الصيحاني النصف، ومن العجوة السدس» أو «الثلث»، نظر: إن علما قدر كل نوع، جاز، كما لو ساقاه على حديقتين على «أن له النصف من هذه والثلث من هذه».

وإن جهلا أو أحدهما قدر كلّ نوع[٤]، لم يجز[٥]؛ لما فيه من[٦] الغَرَر[٧]، فإن المشروط فيه أقلّ الجزأين قد يكون أكثر النصيبين، ومعرفة كلّ نوع من الأشجار إنما يكون بالظن والتخمين دون التحقيق.

---

(١) الدالية: دلوٌ ونحوها، وخشب يُصنع كهيئة الصليب، ويشد برأس الدلو، ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك، وطرفه بجذع قائم على رأس البئر، ويسقى بها.
وقيل: هي المنجنون (أي الدولاب) تديرها البقرة. أو الناعورة يديرها الماء.
قال الفيومي: «وشذّ الفارابي وتبعه الجوهري ففسرها بالمنجنون». انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٩٩) (الدلو)، «تاج العروس» فصل الدال، باب الواو والياء (١٠/ ١٢٩) (دلا).

(٢) في (ز): (الجهتين).

(٣) الدَّقَل ـ بفتحتين ـ: أردأ التمر، ومنه ما يكون تمره أحمر ومنه أسود، وجرم تمره صغير ونواه كبير، وواحدته دقلة. انظر: «تاج العروس» فصل الدال، باب اللام (٧/ ٣٢٣) (دَقَل).

(٤) قوله: (قدر كل نوع) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٥) قال المـُزَنيّ: «ولو ساقاه على حائط فيه أصناف من دقل وعجوة وصيحاني على أن له من الدقل النصف ومن العجوة الثلث ومن الصيحاني الربع، وهما يعرفان كل صنف، كان كثلاثة حوائط معروفة، وإن جهلا أو أحدهما كل صنف لم يجز». «مختصر المـُزَنيّ» (٨/ ٢٢٤).

(٦) قوله: (من) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٧) للجهل بقدر ما يستحقه العامل من ثمرها. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٨٨).

وإن ساقاه على «أن له النصف» أو «الثلث من الكل»، صحت المساقاة[١]، وإن جهلا أو أحدهما قدر كل نوع.

قال ابن الصباغ: والفرق أن قدر حقه من ثمرة الحديقة هاهنا معلوم بالجزئية، وإنما المجهول النوع والصفة، وهناك القدر مجهول أيضاً؛ لاحتمال اختلاف ثمرة النوعين في القدر، وحينئذ يكون قدر ماله من ثمرة الكل مجهولاً؛ لأن المستحق على أحد التقديرين نصف الأكثر وثلث الأقل، وعلى الثاني ثلث الأكثر ونصف الأقل، والأول أكثر من الثاني، ومعلوم أن الجهل بالقدر أشد.

ولو ساقاه على إحدى الحديقتين من غير تعيين، أو على «أنه إن سقى بماء السماء فله الثلث، أو بالدالية فله النصف»، لم يصح؛ للجهل بالعمل والعوض[٢]، وهو كما لو قارضه على «أنه إن تصرف وربح كذا[٣] فله النصف، أو كذا فله الثلث»[٤].

ولو ساقاه على حديقة بالنصف على «أن يساقيه على أخرى بالثلث»[٥] أو «سنة أخرى بالنصف[٦]»، أو على «أن يساقيه العامل على حديقته»، فهو فاسد.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٠٩).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٧)، «المهذب» (١٤/ ٤٠٩).

(٣) في (ز): (في كذا).

(٤) قال الـمُـزَنيّ: «كما لو قارضه بمال على أن ما ربح في البر فله الثلث، وما ربح في البحر فله النصف». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٥).

(٥) قال الـمُـزَنيّ: «ولو ساقاه على النصف على أن يساقيه في حائط آخر على الثلث، لم يجز في قياس قوله، كالبيعتين في بيعة». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤).
انظر في تعليل فساده: «الحاوي» (٩/ ١٨٥).

(٦) قوله: (بالنصف) زيادة في (ي)، (ز).

وهل تصح المساقاة الثانية؟ قال في «التهذيب»[١]: إن عقدها على شرط العقد الأول، لا[٢] تصح، وإلا فتصح[٣]. وقد مرّ نظيره في الرهن[٤].

قال:

(ولو ساقى شريكَه في الحدِيقةِ وشرَطَ له زيادة؛ صحَّ إن استبدَّ بالعمل. وإن شاركَه الآخرُ في العَمِلِ[٥] فلا).

حديقة بين اثنين على السواء، ساقى أحدهما الآخر، وشرط له زيادة على ما كان يستحقه بالمِلك، كما إذا شرط له ثلثي الثمرة، فالعقد صحيح، وقد دفع إليه[٦] نصيبه بثلث ثمرته[٧]. وإن شرط له نصف الثمار أو ثلثها، لم يصح؛ لأنه لم[٨] يثبت له عوضاً بالمساقاة؛ إذ النصف مستحق له بالملك. بل يشترط عليه في الصورة الثانية أن يترك بعض ثمرته أيضاً[٩]. وإذا عمل في الصورتين، ففي استحقاقه الأجرة اختلاف الـمُـزَنيّ[١٠] وابن سريج.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٠٩).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (لم).

(٣) قال الماوردي: «صح العقد الأول، لأنه ناجز، ولم يصح الثاني، لأنه موعد». «الحاوي» (٩/ ١٨٦).

(٤) كما إذا رهن عبداً بشرط أن يرهن منه غيره. انظر ما سلف (٦/ ٥٤٥-٥٤٦).

(٥) كذا في (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإن شارك الآخر بالعمل).

(٦) قوله: (إليه) سقط من (ي).

(٧) «لأن له ملكاً وعملًا، فكان له النصف بالملك والسدس الزائد عليه بالعمل». «الحاوي» (٩/ ١٩٠).

(٨) قوله: (لم) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٩) انظر: «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤).

(١٠) قال الـمُـزَنيّ: «فالربح بينهما نصفين، ولا أجرة للعامل، لأنه عمل على غير بدل»، وبهذا قال أبو إسحاق وجمهور الأصحاب. انظر: «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤)، «الحاوي» (٩/ ١٩١).

ولو[1] شرط له جميع الثمرة، فسد العقد. وهل له الأجرة؟ فيه وجهان؛ لأنه لم يعمل له إلّا أنه انصرف إليه.

ولو شرط في المساقاة مع الشريك «أن يتعاونا على العمل»، فسدت وإن أثبت له زيادة على ما يستحقه بالملك[2]، كما لو ساقى أجنبياً على هذا الشرط. ثم إن[3] تعاونا واستويا في العمل، فلا أجرة لواحد منهما على الآخر. وإن تعاونا: فإن كان عمل مَنْ شُرط له[4] الزيادة[5] أكثر، استحق على الآخر بالحصة من عمله[6]. وإن كان عمل الآخر أكثر، ففي استحقاقه الأجرة خلاف الـمُـزَنيّ وابن سريج[7].

وقوله في الكتاب: (صح إن استبدّ بالعمل، وإن شاركه الآخر في العمل فلا)، ليس فيه تعرض للاشتراط[8]، لكنه محمول عليه، معناه: فإن شرط مشاركة الآخر، أما المعاونة من غير شرط فهي غير ضائرة[9]. وكذا قوله: (إن استبدّ

---

(١) في (ز): (وإن).

(٢) لأن العامل فيها لا يتميز من رب المال، وعمل أحدهما على غير بدل مع ثبوت الزيادة لأحدهما. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٢).

(٣) قوله: (إن) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٤) قوله: (له) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (زيادة).

(٦) مراعاة التفاضل في العمل، هذا في وجه وهو مخرج من قول الشافعي: «إن العامل أجير». انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٢).

(٧) انظر: «المرجع السابق» (٩/ ١٩٣).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تعريض للاشتراك).

(٩) في (ي): (ضارة).

يقال: ضاره الأمر يضوره ويضيره ضوراً وضيراً، أي ضره، والضير والضر واحد. انظر: «تاج العروس» فصل الضاد، باب الراء (٣/ ٣٥٥) (ضار).

بالعمل)، معناه[١]: أن إفادة العقد الاستبداد[٢] بشرط الاستبداد، أو بإطلاق العقد.

ولو ساقى شريكا الحديقة رجلاً، وشرطا له جزءاً من ثمرة الحديقة[٣]، جاز، وإن لم يعلم العامل[٤] نصيب كل واحد منهما.

وإن قالا: «على أن لك من نصيب أحدنا النصف، ومن نصيب الآخر الثلث» من غير تعين[٥]، لم يجز. فإن عيّنا؛ فإن علم نصيب كل واحد منهما جاز، وإلا فلا[٦].

فرعان:

الأول: لو كانت الحديقة لواحد، وساقى اثنين على «أن لأحدهما نصف الثمرة وللآخر ثلثها» ـ إما في صفقة أو في صفقتين ـ جاز إذا عيّن[٧] مَنْ له النصف ومن له الثلث.

الثاني: حديقة بين ستة أسداساً، فساقوا عليها واحداً، على «أن له من

---

(١) من قوله: (فإن شرط) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالاستبداد).

يقال: أفاد الرجل مالاً إفادة وأفدته وأفدت منه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٨٥) (الفائدة).

(٣) في (ز): (كل الحديقة).

(٤) قوله: (العامل) سقط من (ز).

(٥) كذا، وفي «روضة الطالبين» (٥/ ١٥٤): «من غير تعيين».(م ع).

(٦) «لأنه لا يدري كم له من ثمر الحائط؟». «التهذيب» (٤/ ٤٠٩).

(٧) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (تميّز).

نصيب أحدهم عينوه[١] النصف، ومن نصيب الثاني الربع، ومن الثالث الثمن، ومن الرابع الثلثين[٢]، ومن الخامس الثلث، ومن السادس السدس»، فحسابه أن مخرج النصف والربع يدخلان في مخرج الثمن، ومخرج الثلثين والثلث يدخلان في مخرج السدس، فتبقى ستة وثمانية، وبينهما موافقة بالنصف، نضرب نصف أحدهما في جميع الآخر يكون أربعة وعشرين، نضربه في عدد الشركاء وهو ستة، يبلغ مئة وأربعة وأربعين، لكل واحد منهم أربعة وعشرون، يأخذ العامل ممن شرط له النصف اثني عشر ومن الثاني ستة ومن الثالث ثلاثة ومن الرابع ستة عشر ومن الخامس ثمانية ومن السادس أربعة، فيجتمع له تسعة وأربعون، ويبقى للملاك على تفاوتهم منه خمسة وتسعون[٣].

* * *

---

(١) قوله: (عينوه) زيادة في (ي)، وفي (ز): (واحد منهم عينوه).

(٢) قوله: (الثلثين) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وسبعون)، وما أثبته من (ي)، (ز)، وهو المتوافق مع ما يتبقى من (١٤٤) بعد طرح (٤٩).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الثالث: العمل: وشرطُه:

أن لا يُضمَّ إليه عملٌ ليسَ من جنسِ الـمُساقاة.

وأن لا يُشترطَ مُشارَكةُ المالكِ معه[١] في اليد؛ بل يستبِدُّ العاملُ بِاليد. ثُمَّ لو شُرِطَ دخولُ المالكِ أيضاً لم يَضُرّ (و).

وأن لا يُشترَطَ عَمَلُ الـمالكِ معه؛ بل يَنفردُ بالعمل. ولو شُرِطَ أن يعمَلَ معه غلامُ المالكِ صحَّ على النَّصّ. ثُمَّ النَّفقةُ على المالكِ إلَّا إذا شرطَ على العاملِ ففي جوازه وجهان؛ وجهُ المنع: أنه قطعَ نفقةَ المالكِ عن المِلْك.

ولو شرطَ أن يستأجرَ العاملُ بأُجرةٍ على المالك، ولم يُبقِ للعاملِ إلَّا الدَّهْقنةَ[٢] والتَّحذُّقَ[٣] في الاستعمال: ففيه وجهان).

شروط عمل المساقاة، قريبة من شروط عمل القراض، وإن اختلفا في الجنس.

---

(١) قوله: (معه) سقط من (ز).

(٢) الدهقنة: اسم من تدهقن، أي صار دهقاناً. والدهقان ـ بالضم وبالكسر ـ: مُعرّب، يُطلق على التاجر وزعيم الفلاحين، ورئيس الإقليم أي مقدم القرية أو صاحبها. كما يُطلق على مَن له مال وعقار، يقال: دهقن الرجل وتدهقن أي كثر ماله. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٠١) (الدهقان)، «تاج العروس» فصل الدال، باب النون (٩/ ٢٠٦) (دهقن).

(٣) التحذق: أصله من الحذق، يقال هو يتحذق علينا، أي يظهر الحذق.

والحذق ـ بالكسر والفتح ـ: يقال: حذق الشيء إذا قطعه، أو مده ليقطعه بمنجل ونحوه حتى لا يبقى منه شيء. ويُطلق مجازاً على الإتقان والمهارة. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب القاف (٦/ ٣١٠) (حَذَق).

منها: أن لا يُشترط عليه عمل ليس من جنس أعمال المساقاة[١].

ومنها: أن يستبد العامل باليد في الحديقة؛ ليتمكن من العمل متى شاء، فلو شرط «كونها في يد المالك»، أو «مشاركته في اليد»، لم تجز[٢].

ولو سلّم المفتاح إليه، وشرط المالك «الدخول عليه»، فوجهان، وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب[٣] ـ: أنه لا يضر؛ لحصول[٤] الاستقلال، والتمكن من العمل.

ووجه الثاني: أنه إذا دخل كانت الحديقة في يده، وقد يتعوَّق بحضوره عن العمل.

ومنها: أن ينفرد العامل بالعمل، فلو شرط «أن يشاركه المالك في العمل»، فسد العقد[٥]. ولو شرط «أن يعمل معه غلام المالك»، فالنص الجواز[٦]، وللأصحاب فيه طريقان[٧]:

أحدهما: أنه على وجهين كما ذكرنا في القراض، ومن منع، حمل النص

---

(١) قال الشافعي: «وأما سد الحظار فليس فيه مستزاد لإصلاحٍ في الثمرة، ولا يصلح شرطه على المساقي». «الأم» (٤/ ١١).

(٢) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٤٢).

(٣) كذا صححه في «الوسيط» (٤/ ١٤٢).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بحصول).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١١)، «المهذب» (١٤/ ٤٠٩).

(٦) قال الشافعي: «ولا بأس أن يشترط المساقي على رب النخل غلماناً يعملون معه ولا يستعملهم في غيره». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٤).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١١).

على ما إذا شرط أن يعمل الغلام[١] ما يتوظف على المالك من الأعمال، كحفر الأنهار وبناء الحيطان.

وأظهرهما: الجواز جزماً. والفرق بين المساقاة والقراض: أن في[٢] المساقاة بعض الأعمال على المالك، وله باعتبار ذلك يد ومُداخَلة، فجاز أنَ يشترط فيه عمل غلامه.

وفي القِراض لا عمل على المالك أصلاً، فلا يجوز شرط عمل غلامه[٣].

والمسألة مصورة في ما إذا كان الشرط أن يعاونه، ويكون تحت تدبيره[٤]. أما إذا شرط أن يكون التدبير إلى الغلام[٥] ويعمل العامل برأيه، أو أن يعملا ما اتفق رأيهما عليه، لم يجز بلا خلاف.

ثم إن جوزنا، فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف[٦]. وأما نفقته، ففي جواز شرطها على العامل وجهان:

أحدهما: المنع؛ لما فيه من قطع نفقة الملك على المالك، وبهذا قطع المسعودي.

وأظهرهما: الجواز؛ لأن العمل في المُسَاقاة على العامل، ولا يَبعُدُ أن يلتزم

---

(١) قوله: (الغلام) سقط من (ز).

(٢) قوله: (في) سقط من (ي).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٨٢)، «المهذب» (١٤/ ٤١٠)، «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يده).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (التدبر للغلام).

«لم يجز، لأن العامل حينئذ يكون تبعاً، ولا يكون متبوعاً». «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

(٦) «المهذب» (١٤/ ٤١٠)، «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

مَؤونةَ من يعمل معه ويعاونه، وهو[١] كاستئجار من يعمل معه[٢]. وعلى هذا، فهل يجب تقديرُها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، فيبين ما يدفع إليه كل يوم من الخبز والإدام.

والثاني: لا، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، بل يحمل على الوسط المعتاد؛ لأنه يتسامح بمثل ذلك في المعاملات[٣].

ولو شرطا أن تكون النفقة على المالك، جاز[٤]. وعن مالك[٥]: منعه.

وإن شرطاها في الثمار: قال في «التهذيب»[٦]: لا يجوز؛ لأن ما يبقى يكون مجهولاً. وقال صاحب «الإفصاح»: يجوز؛ لأنه قد يكون ذلك من صلاح المال. ويشبه أن يتوسط، فيقال: إن شرطاها من جزء معلوم، بأن يتعاقدا بشرط «أن يعمل الغلام على أن يكون ثلث الثمار للمالك، وثلثها للعامل، ويصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام»، فهو جائز، وكان المشروط للمالك ثلثاها. وإن شرطاها في الثمار من غير تقدير جزء، لم يجز.

وإن لم يتعرضا للنفقة أصلاً، فالمشهور أنها على المالك بحكم الملك[٧].

---

(١) قوله: (وهو) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) وقطع بذلك الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٨٣).

(٣) والعمل هنا مجهول. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

(٤) قال الشافعي: «ونفقة الرقيق على ما يتشارطان عليه». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤). انظر: «الأم» (٤/ ١٢).

(٥) انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٤١).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

وذكر صاحب «الإفصاح» وراءه احتمالين:

أحدهما: أنها تكون من الثمرة.

والثاني: أنه يفسد العقد.

وفي «المهذب»[١] ذكر وجه[٢]: أنها تكون على العامل؛ لأن العمل عليه.

وليس للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه إذا فرغ من عمل الحديقة. ولو شرط أن يعمل له بطل العقد.

ولو كان له برسم الحديقة غلمان يعملون فيها، لم يدخلوا في مطلق المساقاة؛ لأنه ربما يريد تفريغهم لشغل آخر.

وعن مالك[٣]: أنهم يدخلون فيه.

ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة: بطل العقد[٤]؛ لأن قضية المساقاة أن تكون الأعمال ومؤناتها على العامل[٥]. ولأنه لا يدري أن الحاصل للعامل كم هو؟ حتى لو شرط له ثلثي الثمرة ليصرف الثلث إلى الأجراء ويخلص له الثلث؛ فعن القفال: أنه يصح، فإذا امتنع شرط الأجرة في الثمرة، فأولى أن يمتنع شرط أدائها من سائر أموال المالك. هذا ما ذكره الـمُـزَنيّ[٦] وعامة الأصحاب.

---

(١) «المهذب» (١٤/ ٤١٠). وكذا ذكره الماوردي، «الحاوي» (٩/ ١٨٤)، والغزالي في «الوسيط» (٤/ ١٤٤).

(٢) في (ز): (وجه آخر).

(٣) انظر: «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٤١).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٧).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

(٦) قال الـمُـزَنيّ: «فإن اشترط الداخل «أن أجرة الأجراء من الثمرة»، فسدت الـمساقاة». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٥).

ونقل صاحب الكتاب وجهين[1] في ما إذا شرط أن يستأجر بأجرة على المالك.

وأشار بقوله: (ولم يُبقِ للعامل إلَّا الدَّهْقَنةَ والتَّحَذُّقَ في الاستعمال)، إلى توجيه الجواز، معناه: أن المالك قد لا يهتدي إلى الدَّهقَنة، واستعمال الأُجراء، أو لا يجد من يباشر الأعمال، أو من[2] لا يأتمنه، فتدعو الحاجة إلى أن يساقي من يعرف ذلك، لينوب عنه في الاستعمال.

قال:

(ويُشترطُ تأقيتُ المُساقاة؛ لأنها لازِمة ـ فيضُرُّ التأبيد ـ وليُعرِّفَ العملُ جُملة. ثُمَّ ليُعرَّفْ بالسَّنة العربيّة فإن عُرِّفَ بإدراكِ الثِّمارِ جازَ على الأصحّ. فإن عُرِّفَ بالعربيّةِ فبرزتِ الثمارُ في آخرِ المُدّةِ ولم تُدرَك في المُدّةِ فالعَامِلُ شريكٌ فيها).

اشتراط التأقيت في المساقاة قد سبق ذكره في أول الباب، ويتعلق هذا الركن به من جهة أن العمل يجب تعريفه ببيان المدة دون التعيين والتفصيل.

ثم إن أقّت بالأشهر أو السنين العربية فذاك. وإن أقّت بإدراك الثمار فوجهان:

أحدهما: أنه لا[3] يجوز؛ لأنه قد[4] يتقدّم تارة، ويتأخر أخرى، فليقدر بما تقدر به الإجارات والآجال في العقود.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٤٥).

(٢) قوله: (من) سقط من (ز).

(٣) قوله: (لا) سقط من (ط العلمية).

(٤) قوله: (قد) سقط من (ز).

والثاني: يجوز[١]؛ لأنه المقصود من[٢] هذا العقد، ألا ترى أنه لو أقت بالزمان كان الشرط أن يعلم أو يظن الإدراك فيه، فإذا تعرض للمقصود كان أولى، وهذا أصح عند صاحب الكتاب[٣].

والأول أصح عند الأكثرين[٤]، وهو المذكور في «التهذيب»[٥]. وإذا قلنا بالثاني، فلو قال: «ساقيتك سنة»، وأطلق، فيحمل على سنة عربية، أو على سنة الإدراك؟ فيه وجهان، زعم الشيخ أبو الفرج السرخسي أن أصحهما الثاني.

وإذا قلنا بالأول، أو[٦] أقّت بالزمان فأدركت الثمار، وبعض المدة باقية، وجب على العامل أن يعمل في تلك البقية، ولا أجرة له. وإن انقضت المدة، وعلى الأشجار طلع أو بلح، فللعامل نصيبه منها[٧]، وعلى المالك التعهد إلى الإدراك، فإن حدث الطلع بعد المدة، فلا حق له فيه[٨].

وجواز المساقاة أكثر من سنة على الأقوال التي نذكرها في جواز الإجارة

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لا يجوز)، وما أثبته يتوافق مع التعليل المذكور.

(٢) في (ز): (في).

(٣) أطلق الوجهين في «الوسيط» (٤/ ١٤٢).

(٤) قال الماوردي: «ولا يجوز أن يقدرها بذلك». «الحاوي» (٩/ ١٦٧).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٠٤).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لو).

(٧) «لأنها حدثت قبل انقضاء المدة». «المهذب» (١٤/ ٤٠٦). انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).

(٨) قال الماوردي: «فإن تأخر اطلاع الثمرة فيها بحادث ثم اطلعت بعد تقضيها، فعلى الأصح من المذهب (في أن العامل شريك): تكون الثمرة بينهما، وإن انقضت مدة المساقاة قبل اطلاعها، لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكها. ولا يلزمه العمل بعد انقضاء المدة، وإن استحق الثمرة، إلا في ما اختصّ بالثمرة من تأبير وتلقيح». «الحاوي» (٩/ ١٦٧).

أكثر من سنة. وإذا جوزناها[١] فهل يجب أن يبين[٢] حصته كل سنة، أم يكفي قوله: «ساقيتك على النصف»؛ لاستحقاق النصف كل سنة؟ فيه وجهان أو قولان كما في الإجارة، وفي «المهذب»[٣] طريقة أخرى قاطعة بوجوب البيان؛ لأن الاختلاف في الثمار يكثر، وفي المنافع يقل.

ولو فاوت بين الجزء المشروط في السنتين، لم يضر.

وفيه وجه: أنه على الخلاف في ما إذا أسلم في جنس إلى آجال[٤].

ولو ساقاه سنين[٥]، وشرط له ثمرة سنة بعينها، والأشجار بحيث تثمر كل سنة، لم يصح؛ لأنها ربما لا تثمر في تلك السنة فلا يكون للعامل شيء، أو لا تثمر إلا تلك السنة فلا يكون للمالك شيء[٦].

ويخالف ما لو ساقاه على وديٍّ عشر سنين، والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة لتكون هي بينهما؛ لأنه شرط له سهماً[٧] من جميع الثمرة[٨].

ولو أنه أثمر قبل سنة التوقع، لم يستحق العامل منها شيئاً.

---

(١) كذا في (ط العلمية)، وفي غيرها: (جوزنا).

(٢) في (ط الفكر): (يعين).

(٣) «المهذب» (١٤/ ٤٠٦).

(٤) فيه قولان، أصحهما: الصحة. انظر ما سلف (٦/ ٤٣٤).

(٥) في (ط الفكر): (سنتين).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).

(٧) قوله: (له سهماً) سقط من (ي).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).

وقوله في الكتاب: (وليُعرِّفَ العمل جملة[١])، لا ينبغي أن يقرأ على الأمر؛ لأنه حينئذ يكون المراد منه أنه لا يشترط تفصيل الأعمال، وهذا قد ذكره في[٢] آخر الباب، فيلزم التكرار. وأيضاً: فإن المسألة لا تتعلق بركن العمل، ولكنه معطوف على قوله: (لأنها لازمة)، والمعنى: أنه يشترط تأقيت المساقاة للزومها، وليكون التأقيت معرفاً للعمل مقدراً بجملته.

وقوله: (ثم ليُعرَّفْ بالسنة العربية)، المراد ليعرف الزمان، وذكر العربية يجري على سبيل التمثيل لا لتخصيص التأقيت بها، فإن التأقيت بالرومية وغيرها جائز إذا علماها.

نعم[٣]، إذا أطلقا لفظ السنة انصرف إلى العربية، وكذا سبيل قوله: (فإن عُرِّفَ بالعربية).

* * *

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وليعرف العامل عمله).

(٢) قوله: (في) زيادة في (ز)، (ط العلمية).

(٣) قوله: (نعم) زيادة في (ز)، (ط العلمية).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الرابع: الصِّيغة:

فيقولُ: «ساقيتُك على هذه الـنَّخيلِ بالنِّصف» أو «عاملتُك»، فيقول: «قَـبِلتُ». فلو عُقِدَ بلفظ الإجارةِ لم يصحَّ على الأظهر[١] (و)؛ لفقدِ شرطِ الإجارة، ولا يُشترَطُ (و) تفصيلُ الأعمال؛ فإنّ العُرْفَ يُعرِّفُها[٢]).

يجوز أن يعلم قوله: (الركن الرابع: الصيغة)، بالواو؛ للوجه المكتفى به[٣] في[٤] العقود بالتراضي والمعاطاة[٥]، وكذا في القراض وغيره.

ثم أشـهر صيـغ هذا العـقد أن يقـول: «ساقيـتك على هـذه النخيـل بكذا»، أو «عقدت معك عقد المساقاة»[٦]. قال الأئمة: وتنعقد بكل لفظ يؤدي معناها، كقوله: «سلمت إليك نخلي لتتعهدها على كذا»[٧] أو «اعمل[٨] على[٩] هذه النخيل»، أو

---

(١) في (ز): (المذهب الأظهر).

(٢) في (ز): (يعرّفه).

(٣) قوله: (به) سقط من (ز).

(٤) قوله: (في) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) المعاطاة ليست بيعاً على المذهب المشهور، لأن الأفعال لا دلالة لها بالوضع، ومقصود الناس فيها تختلف. وعن ابن سريج تخريجاً: أنه يكتفى بها في المحقرات. انظر ما سلف (٥/ ٣٤٢).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٦٨)، «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).

(٧) في (ي): (لتتعهدها على هذا)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (لتتعهدها على أن يكون لك كذا). وما أثبته من (ز)، وهو يتوافق مع ما في «التهذيب»، حيث استقى منه الرافعي هذه المسألة.

(٨) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (عمل).

(٩) قوله: (على) زيادة في (ز).

«تعهد نخيلي بكذا»[١]، وهذا يجوز أن يكون جواباً على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية، ويجوز أن يكون[٢] ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة. ونظيره أنّا على رأي يقول: صرائح الرجعة غير محصورة.

ويعتبر القبول في المساقاة، ولا يجيء فيها الوجوه المذكورة في القراض والوكالة؛ للزومها. هكذا قال الإمام[٣] وصاحب الكتاب[٤].

ولو تعاقدا بلفظ الإجارة، فقال المالك: «استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثمارها»، فيه وجهان جاريان في الإجارة بلفظ المساقاة:

أحدهما: الصحة؛ لما بين العقدين من المشابهة، واحتمال كل واحد من اللفظين معنى الآخر.

وأظهرهما: المنع[٥]؛ لأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه[٦] نفذ فيه، وإلا فهو إجارة فاسدة.

والخلاف نازع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى. ولو قال: «ساقيتك على هذه النخيل بكذا؛ ليكون أجرة لك»، فلا بأس؛ لسبق لفظ المساقاة[٧].

هذا إذا قصد بلفظ الإجارة المساقاة. أما إذا قصد الإجارة نفسها، فينظر:

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).

(٢) من قوله: (جواباً على) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٤).

(٤) وكذا قال «الوسيط» (٤/ ١٤٥).

(٥) وقطع به في «الحاوي» (٩/ ١٦٨)، وفي «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).

(٦) كذا في (ز)، وفي غيرها: (موضعه).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٠٥).

إن لم تخرج الثمرة، لم يجز؛ لأن الشرط أن تكون الأجرة في الذمة، أو موجودة ومعلومة[(١)].

وإن خرجت، فإن بَدَا الصلاح فيها جاز، سواء شرط ثمرة نخلة معينة، أو جزءاً شائعاً فيها. هكذا أطلقوه، لكن يجيء فيه ما سنذكره في مسألة قفيز الطحان وأخواتها.

فإن لم يبدُ فيها الصلاح، فإن شرط له ثمرة نخلة بعينها، جاز بشرط[(٢)] القطع، وكذا لو شرط كل الثمار له. وإن شرط جزءاً شائعاً، لم يجز وإن شرط القطع[(٣)]؛ لما سبق في البيع[(٤)]. وإن عقد بلفظ المساقاة: فالصحيح[(٥)] ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه لا حاجة إلى تفصيل الأعمال، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب.

وفيه وجه: أنه يجب تفصيلها؛ لأن العرف يكاد يضطرب.

وما ذكرناه في ما إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه، فإن جهلاه أو أحدهما، وجب التفصيل لا محالة.

* * *

(١) «لأن الإجارة صنف من البيوع، فلا تجوز إلا على معلوم موجود». «التهذيب» (٤/ ٤١٠). انظر: «الحاوي» (٩/ ١٧٨).

(٢) قوله: (بشرط) سقط من (ي).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٧٨)، «التهذيب» (٤/ ٤١٠).

(٤) إذا بيعت الثمار بعد بدوّ الصلاح جاز مطلقاً، فإن بيعت قبل بدوّ الصلاح لم يجز إلا بشرط القطع. انظر ما سلف (٦/ ٣٣٣).

(٥) وكذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤١٠).

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(الباب الثاني: في أحكامها

(وحُكمُها: وجوبُ كلِّ عمل يتكرَّرُ في كلِّ سنةٍ وتحتاجُ إليه الثِّمارُ؛ من السَّقي، والتَّقليب، وتنقيةِ الآبارِ (و) والأنهار، وتنحيةِ الحشيشِ الـمُضِرِّ والقُضْبَان[١]، وتصريفِ الجريد[٢]، وتسويةِ الـجَرِينِ[٣] وردِّ الـثِّمارِ إليه.

وما لا يتكرَّرُ في كُلِّ سنةٍ ويُعَدُّ من الأُصولِ فهو على المالِك؛ كحفْرِ الآبارِ وَالأنهارِ الجدِيدَة، وبناءِ الحيطان ونَصْبِ الدُّولاب، وأمثالِه.

وفي أُجرةِ الناطور[٤]، وجَذاذِ[٥] الثمرة، وردْمِ[٦] ثُلْمةٍ[٧] يسِيرةٍ في طرفِ الجِدارِ: خلاف).

---

(١) القضبان: جمع قضيب، وهو الغصن المقطوع. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٠٦) (قضبت).

(٢) التصريف: هو إعمال الشيء في غير وجه، كأنه يصرفه عن وجه إلى وجه. والصريف: ما يبس من الشجر، والصريفة: السعفة اليابسة. انظر: «تاج العروس» فصل الصاد، باب الفاء (٦/ ١٦٤ - ١٦٥) (صرف). والجريد: سعف النخل الواحدة، وتسمى جريدة إذا جُرّد عنها خوصها. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٩٥ - ٩٦) (جردة).

(٣) الجرين: البيدر، أو الموضع الذي يُداس فيه الطعام من قمح وغيره، أو الموضع الذي تُجفف فيه الثمار، والجمع جُرُن. انظر: «المرجع السابق» (١/ ٩٧) (الجرين).

(٤) الناطور: حافظ الكرم أو الزرع، والجمع نواطير ونُطراء. قال ابن دريد هو بالمعجمة والطاء المهملة كلام النبط. وقال أبو حنيفة: هي عربية. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦١١) (الناطور)، «تاج العروس» فصل النون، باب الراء (٣/ ٥٧٢) (نطر).

(٥) جذاذ: من قولهم جذذت الشيء جذاً، أي قطعته. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٩٤) (جذذت).

(٦) الردم: السد، يقال ردمت الثلمة ونحوها ردماً، أي سددتها. انظر: «الصحاح» باب الميم، فصل الراء (٥/ ١٩٣٠) (ردم)، «المصباح المنير» (١/ ٢٢٥) (ردمت).

(٧) الثُّلمة: الخلل في الحائط وغيره، وجمعها ثُلم. «الصحاح» باب الميم، فصل الثاء (٥/ ١٨٨١) (ثَلَم).

غرض الفصل بيان ما يجب على عامل المساقاة من الأعمال[١]، وما لا يجب: وكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها أو إصلاحها ويتكرّر كل[٢] سنة، فهو على العامل، وإنما اعتبر التكرار كل سنة؛ لأن ما لا يتكرر كل سنة يبقى أثره وفائدته بعد ارتفاع المساقاة، وتكليف العامل مثل ذلك إجحاف به.

فمن هذا القبيل: السقي، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والأجاجين[٣] التي يقف فيها الماء، وتنقية الآبار، والأنهار من الحَمَأة[٤] ونحوها، وإدارة الدولاب، وفتح رأس الساقية وسدها عند السقي، على ما يقتضيه الحال[٥].

وفي تنقية النهر وجهان آخران:

أحدهما: أنها على المالك كحفر أصل النهر.

والثاني ـ عن أبي إسحاق المروزي ـ: أنها على من شرطت عليه من المتعاقدين، فإن لم يذكراها فسد العقد.

ومنه[٦]: تقليب[٧] الأرض بالمَساحي[٨]، وتكريبها[٩] في المزارعة. قال

---

(١) قوله: (من الأعمال) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (في كل).

(٣) الأجاجين: جمع إجّانة بالتشديد، وهي الإناء يغسل فيه الثياب، ثم استعير ذلك وأُطلق على ما حول الغراس، أي ما يُحوّط على الأشجار شبه الأحواض. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٦) (أَجَن).

(٤) الحمأة: طين أسود. انظر: «المرجع السابق» (١/ ١٥٣) (حميت).

(٥) انظر: «التهذيب» (١٤/ ٤٠٩)، «التهذيب» (٤/ ٤١٠).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وعنه).

(٧) في (ط الفكر): (تطييب).

(٨) المساحي: جمع مِسْحاة بكسر الميم، وهي المجرفة لكنها من حديد. يقال: سحوت الطين عن وجه الأرض سحوْاً، أي جرفته بالمسحاة. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٦٨ - ٢٦٩) (المِسْحاة).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وتكريتها).

التكريب: يقال: كربت الأرض كِراباً أي قلبتها للحرث. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٢٩) (الكرب).

في «التتمة»: وكذا تقويتها بالزبل[١]، وذلك بحسب العادة.

ومنه[٢] التلقيح، والطلع الذي يُلقح به على المالك؛ لأنه عين مال، وإنما يكلف العامل العمل. ومنه تنحية[٣] الحشيش المضر، والقضبان المضرة بالشجر.

وذكر الشافعي رضي الله عنه تصريف الجريد[٤]، والجريد سعف النخل، وحاصل ما قاله الأزهري[٥] وغيره في تفسير[٦] تصريف الجريد شيئان:

أحدهما: قطع ما يضر تركه، يابساً وغير يابس.

---

(١) الزِّبل ـ بالكسر ـ: هو السِّرْقين ويقال: السِّرْجين وما أشبهه، يقال زبل الرجل الأرض أو الزرع زبولاً وزبلاً، أي سمدها وأصلحها بالزبل ونحوه حتى تجود للزراعة. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٥٠ – ٢٥١) (زبل)، «تاج العروس» فصل الزاي، باب اللام (٧/ ٣٥٤) (زبل).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (ومنها).

(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (تنحية)، وفي (ز): (تنقية).

التنقية: التنظيف، يقال: نقى الشيء نقاوة ونقاءً فهو نقي، أي نظيف. وأنقاه وتنقاه وانتقاه، اختاره. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب الواو والياء (١٠/ ٣٧٥ – ٣٧٦) (نقى).

التنحية: يقال نحى الشيء ينحاه نحياً، أي أزاله، ونحّاه بالتشديد فتنحى. انظر: «المرجع السابق» (١٠/ ٣٦١) (نحى).

(٤) قال الشافعي: «وكلّ ما كان فيه مستزاد في الثمر من إصلاح الماء وطريقه وتصريف الجريد وإبار النخل وقطع الحشيش المضر بالنخل ونحوه، جاز شرطه على العامل». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٣).

(٥) الأزهري: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور. كان فقيهاً صالحاً، غلب عليه علم اللغة. ولد في هراة سنة (٢٨٢هـ)، ورحل وطاف في أرض العرب في طلب اللغة. من كتبه: «تهذيب اللغة»، «غريب الألفاظ التي استعملها الفقهاء»، «تفسير ألفاظ مختصر الـمُـزَنيّ»، «التقريب في التفسير». توفي بهراة في ربيع الآخر سنة (٣٧٠هـ). انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (١/ ٣٥) (٢٩)، «طبقات الشافعية الكبرى» (٢/ ١٠٦)، «وفيات الأعيان» (٤/ ٣٣٤ – ٣٣٥) (٦٣٩).

(٦) قوله: (تفسير) سقط من (ط الفكر).

والثاني: ردها عن وجوه العناقيد، وتسوية العناقيد بينها؛ لتصيبها الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك.

ومنه تعريش[1] الكَرم، حيث جرت العادة به. قال في «التتمة» ووضع الحشيش فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس عند الحاجة.

وفي حفظ الثمار وجهان أيضاً[2]:

أظهرهما[3] ـ وهو الذي ذكره ابن الصَّباغ وغيره ـ: أنه على العامل، كما أن حفظ المال في المضاربة على العامل، فإن لم يحفظ بنفسه فعليه مؤونة من يحفظ.

وأقيسهما: أنه على المالك والعامل جميعاً، بحسب اشتراكهما في الثمرة؛ وهذا لأن الذي يجب على العامل ما يتعلق باستزادة الثمار وتنميتها.

ويجري الوجهان في حفظ الثمار عن الطيور والزنابير[4] بأن يجعل كل عنقود في قوصَرَّة[5]، فيلزمه ذلك على الأظهر عند جريان العادة، والقوصرة على المال.

وفي جذاذ الثمار وجهان أيضاً[6]:

---

(١) التعريش: يقال: عرَّشته بالتثقيل، أي عملت له عريشاً. والعريش: بيت من جريد يعمل مرتفعاً يمتد عليه الكرم، والجمع عرائش. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٠٢) (العرش).

(٢) لم يفصلهما في «التهذيب» (٤/ ٤١١)، وكذا في «الوسيط» (٤/ ١٤٦).

(٣) في (ط العلمية): (أحدهما).

(٤) قوله: (والزنابير) سقط من (ز).

والزنبور ـ بالضم ـ: هو الدبور وهو ذباب لساع، وجمعه زنابير. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب الراء (٣/ ٢٤٣) (زنبر).

(٥) القوصرَّة ـ بالتثقيل والتخفيف ـ: وعاء التمر يُتخذ من قصب. «المصباح المنير» (٢/ ٥٠٥) (قصرت).

(٦) أطلقها في «المهذب» (١٤/ ٤٠٩)، و«التهذيب» (٤/ ٤١١)، و«الحاوي» (٩/ ١٧٩).

أحدهما: أنها لا تجب على العامل؛ لوقوعه بعد كمال الثمار.

وأصحهما: الوجوب؛ لأن الصلاح به يحصل. وهذا ما أورده الأكثرون.

وفي[١] «الرقم»: طرد الوجهين في تجفيف الثمار، والظاهر وجوبه إذا اطردت العادة به أو شرطاه.

وإذا وجب التجفيف، وجب تهيئة موضع التجفيف وتسويته ـ ويسمى البيدر والجرين ـ ونقل الثمار إلَيه، وتقليبها في الشمس[٢] من وجه إلى وجه.

وأما ما لا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأُصول، فهو من وظيفة المالك، وذلك كحفر الأنهار والآبار الجديدة والتي انهارت، وبناء[٣] الحيطان ونصب الأبواب والدولاب ونحوها.

وردم الثلم اليسيرة التي تنفق في الجدران فيه وجهان[٤] كما في تنقية الأنهار، والأشبه اتباع العرف. وكذلك في وضع الشوك على رؤوس الجدران وجهان.

والآلات التي يوفى بها العمل؛ كالفأس والمعول والمنجل والمِسحاة والثيران، والفدّان[٥] في المزرعة[٦]، والثور الذي يدير الدولاب على المالك[٧].

---

(١) في (ي)، (ط الفكر): (وعن).

(٢) قوله: (في الشمس) سقط من (ز).

(٣) (وبناء): في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (انهارت بها).

(٤) قطع بأنها على المالك في «الحاوي» (٩/ ١٧٩)، «المهذب» (١٤/ ٤٠٩)، و«التهذيب» (٤/ ٤١٠).

(٥) الفدّان ـ بالتثقيل ـ: آلة الحرث، ويطلق على الثورين يُحرث عليهما في قِران، أو هو آلة الثورين تجمع أداتهما في القران للحرث. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٦٥) (الفدّان)، «تاج العروس» فصل الفاء، باب النون (٩/ ٢٩٩) (فدن).

(٦) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (المزرعة).

(٧) انظر: «المهذب» (١٤/ ٤٠٩).

وفيها وجه: أنها على من شرط[1] عليه من[2] المتعاقدين، ولا يجوز السكوت عنها[3]. وهذا ما أورده أَبو الفرج السَّرخسي في «الأمالي»، ويحكى عن أبي إِسحاق.

وخراج الأرض الخراجية على المالك[4]، وكذلك كل عين تتلف في العمل بلا خلاف.

وكلّ ما يجب على العامل، يجوز له[5] استئجار المالك عليه. ويجيء فيه وجه آخر[6].

---

(١) في (ز): (يشترط).

(٢) قوله: (عليه من) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) «فإن سكتا عن شرطه لم يصح العقد». «التهذيب» (٤/ ٤١١).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤١١).

والخراج: والخرج: الإتاوة تؤخذ من أموال الناس، والخراج: اسم لما يخرج من الأرض، ثم استعمل في منافع الأملاك كريع الأرضين وغلة العبيد والحيوانات. والمقصود هنا: الغلة التي يؤديها أصحاب الأراضي الخراجية كل سنة. انظر: «القاموس المحيط» باب الجيم، فصل الخاء ص١٨٥ (خرج)، «تاج العروس» فصل الخاء، باب الجيم (٢/ ٢٨) (خرج)، «أنيس الفقهاء» ص١٨٥.

واصطلاحاً: ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدى عنها، أو حق معلوم على مساحة معلومة. «الأحكام السلطانية» (الماوردي) ص١٤٦، ١٥٢.

والأراضي الخراجية عند الشافعية هي: أولاً: الأراضي المفتوحة عنوة وقسمت بين الغانمين ثم بذلها الغانمون وتم وقفها، مثل سواد العراق.

ثانياً: الأراضي الصلحية التي صالحناهم على أن تكون الأرض لنا ويسكنها أهلها على خراج يدفعونه. أما الأراضي التي صالحناهم على أنها لهم ويؤدون الخراج لنا، فالخراج هنا كالجزية.

ثالثاً: الأراضي التي جلا عنها أهلها الكفار وحصلت للمسلمين بغير قتال، فهي وقف ويضرب عليها الخراج. انظر ما سيرد (٢٠/ ٨٧)، «الأحكام السلطانية» (الماوردي) ص١٤٧، «مغني المحتاج» (٤/ ٢٣٤ - ٢٣٥).

(٥) قوله: (له) سقط من (ز).

(٦) وقطع بالأول، البغوي. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١١).

ولو شرط على المالك[١] في العقد، بطل العقد[٢].

وكذلك ما يجب على المالك، لو شرط على العامل بطل العقد[٣].

ولو فعله العامل بغير إذن لم يستحق شيئاً، وإن فعله بإذن المالك استحق الأجرة[٤].

واعلم أن جميع ما ذكرناه مبني على الصحيح في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد. فإن أوجبناه، فالمتبع الشرط، إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغيراً وضع العقد.

هذا فقه الفصل. وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة، فليعلم قوله: (وتنقية الآبار والأنهار)، بالواو. واعترض بعض[٥] من شرح هذا الكتاب في موضعين من الفصل:

أحدهما: أن لفظ الكتاب: (وتصريفِ الجَرينِ وردِّ الثمارِ إليه)، والشافعي رضي الله عنه إنما ذكر تصريف الجريد بالدال، قال: والصواب أن يكتب: «وتصريف الجريد، وتسوية الجرين، وردّ الثمار إليه».

والثاني: أنه جعل الجذاذ من المختلف فيه، وأنه على العامل بالاتفاق.

فلك أن تقول: أما الثاني، فدعوى الاتفاق وهم، والوجهان مسطوران في «المهذب»[٦] و«التهذيب»[٧] و«الرقم» وغيرها. وأما الأول: فقد عرفت أن التجفيف

---

(١) في (ز): (العامل).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤١١).

(٣) قوله: (بطل العقد) سقط من (ي)، (ز).

(٤) «أي أجرة المثل». «التهذيب» (٤/ ٤١٠ - ٤١١).

(٥) قوله: (بعض) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٦) «المهذب» (١٤/ ٤٠٩).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٤١١).

قد يحوج إلى تسوية الجرين، وحمل التصريف على التسوية ليس يبعد[1]. فإذاً لا ضرورة إلى تغيير نظم الكتاب، وغايته أن يكون تصريف الجريد مسكوتاً عنه، على أن في[2] قوله: (وتنحيةِ الحشيشِ الـمُضرِّ والقُضْبان)، ما يفيد بعض معناه.

وقوله: (وفي أجرةِ الناطور)، المراد منه مؤونة الحفظ. والناطر والناطور: حافظ الكروم، والجمع النَّواطير[3]، وذُكر أن النطرة هي الحفظ بالعين[4]، وقد يقال: ناظور بالظاء[5].

قال:

(وإذا هربَ العاملُ قبلَ تمام العمل استقرضَ القاضي عليه أو استأجرَ من يعملُ عليه[6]. فإن عملَ المالكُ بنفسِه سلَّمَ الثِّمارَ للعامِلِ وكانَ هو مُتبرِّعًا وكذا لو استأجرَ عليه؛ إذ لَيسَ له أن يحكُمَ لنفسِه. ولو عجَزَ عن الحاكم فكمِثلِ (و) إن لم يُشهِدْ على الاستئجار. وإن أشهدَ فوجهان.

ثُمَّ له أن يَفسخَ العقدَ إذا عجَزَ ويُسَلِّمَ إلى العامل أُجرةَ مِثلِ ما عمِلَ قبلَ الهرب. فإن تبرَّعَ أجنبيٌّ بالعملِ فلهُ أن يفسخَ؛ إذ قد لا يرضى بدخوله مِلكه. وإن عملَ الأجنبيُّ قبلَ أن يشعُرَ به المالكُ سلَّم الثِّمارَ للعامِلِ، وكانَ الأجنبيُّ مُتبرِّعاً عليه لا على المالك).

---

(١) في (ز): (ببعيد).

(٢) قوله: (في) زيادة في (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (النواطر).

(٤) قال ابن الأعرابي: النطرة: حفظ العينين. «المصباح المنير» (٢/ ٦١١).

(٥) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالطاء غير المعجمة).

(٦) قوله: (عليه) سقط من (ز).

نصدر المسألة بقول جملي، وهو أن بناء هذا الفصل والذي يليه[١]، على أن المساقاة لازمة على ما مرّ لا كالقراض، ثم نقول:

إذا هرب العامل قبل تمام العمل، ينظر: إن تبرع المالك بالعمل أو بمؤنته بقي استحقاق العامل بحاله[٢]، وإلا رفع الأمر إلى الحاكم وأثبت عنده المساقاة؛ لينفذ في طلبه. فإن وجده أجبره على العمل، وإلا استأجر عليه من يعمل[٣].

وممَّ يستأجر؟ إن كان للعامل مال فمنه. وإلا فإن كان بعد بُدُوِّ الصلاح، باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة من المالك أو من غيره، واستأجر بثمنه.

وإن كان قبل بدوّ الصلاح، إمّا قبل خروج الثمرة أو بعده، استقرض عليه من المالك أو من أجنبي أو من بيت المال، واستأجر به، ثم يقضيه العامل إذا رجع، أو يقضي من نصيبه من الثمرة بعد بدوّ الصلاح، أو الإدراك[٤]. ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة توفي بالأجرة، استغنى عن الاستقراض وحصل الغرض.

وإن عمل المالك بنفسه، أو أنفق عليه ليرجع، نُظر: إن قدر على مراجعة الحاكم فلم يفعل، فهو متبرع لا رجوع له[٥]. وإن لم يقدر، فإن لم يشهد عليه لم يرجع أيضاً؛ إلا أن لا يمكنه الإشهاد ففيه وجهان، وربما حُكي وجه مطلق: أنه

---

(١) في (ي)، (ز): (واللذين يليانه).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (مجاناً).

(٣) قال المُزَنيّ: «ولو ساقى رجل رجلًا نخلًا مساقاة صحيحة فأثمرت، ثم هرب العامل، اكترى عليه الحاكم من ماله من يقوم في النخل مقامه». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٤). انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٣)، «التهذيب» (٤/ ٤١٣).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١٣).

(٥) «والعامل على حقه في الثمرة». «الحاوي» (٩/ ١٩٤).

يرجع[١]. فإن أشهد فأصح الوجهين[٢]: أنه يرجع؛ للضرورة. والثاني: لا يرجع، وإلا صَارَ حاكماً لنفسه على غيره.

وننبه هاهنا لفائدتين:

إحداهما: الوجهان في الرجوع إذا لم يمكنه الإشهاد قريبان من الوجهين في ما إذا أشهد للعجز عن الحاكم؛ للعذر والضرورة.

لكن الذي رجحه الجمهور: أنه إذا لم يشهد لا يرجع، من غير فرق بين الإمكان وعدم الإمكان[٣]، ويجوز أن يكون سببه: أن عدم إمكان الإشهاد نادر لا يعتد[٤] به.

والثانية: الإشهاد المعتبر: أن يشهد على العمل أو الاستئجار وبذل الأجرة[٥] بشرط الرجوع. وأما الإشهاد على ذلك[٦] [٧] من غير التعرض للرجوع فهو كترك الإشهاد. قاله من «الشامل»[٨].

---

(١) كذا في «الوسيط» (٤/ ١٤٧). قال النووي: «وحكي وجه: أنه يرجع وإن تمكن من الإشهاد، وهو شاذ». «روضة الطالبين» (٥/ ١٦١).

(٢) في (ز): (الوجهين)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (القولين)، وما أثبته يتوافق مع ما في «الحاوي» (٩/ ١٩٤)، و«التهذيب» (٤/ ٤١٣).

(٣) كذا في «الحاوي» (٩/ ١٩٤)، «المهذب» (١٤/ ٤١١).

(٤) في (ي): (معتبر)، وفي (ز): (يعتبر).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وأنه بذل ذلك).

(٦) في (ز): (الإشهاد على العمل والاستئجار).

(٧) من قوله: (وبذل الأجرة) إلى هنا سقط من (ي).

(٨) كذا في المطبوع من كتاب «العزيز» ـ (ط العلمية) ـ (٦/ ٧١ - ٧٢)، وفي (ط الفكر) بلفظ: (قاله في «الشامل»).(م ع).

وإذا أنفق المالك بأمر[1] الحاكم ليرجع، ففيه وجهان، وجه المنع: أنه متهم في حق نفسه، فالطريق أن يسلم المال إلى الحاكم؛ ليأمر غيره بالإنفاق.

ولو استأجر[2] لباقي العمل، ففيه وجهان أيضاً؛ بناءً على ما لو أجّر داره ثم اكتراها[3] من المكتري. ومتى تعذّر إتمام العمل بالاستقراض، تمم بغيره. فإن لم تخرج الثمرة بعد؛ فللمالك فسخ العقد. وعن ابن أبي هريرة: أنه لا يفسخ، ولكن يطلب الحاكم من يساقي عن العامل، فربما يفضل له شيء[4]. والمذهب الأول؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فأشبه ما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض[5].

فإن خرجت الثمرة، فهي مشتركة. فإن بدا الصلاح فيها، بِيع نصيب العامل كله أو بعضه، قدر[6] ما يستأجر به من يعمل. وإن لم يَبدُ الصلاح فيها، تعذّر بيع نصيبه وحده[7]؛ لأن شرط القطع في الشائع لا يغني[8]. فإما أن يبيع المالك نصيبه معه؛ ليشترط[9] القطع في الكل. وإما أن يشتري المالك نصيبه، فيجوز؛ على أحد الوجهين في أن بيع الثمار قبل بدوّ الصلاح من صاحب الشجرة يستغني عن شرط القطع[10]. فإن لم يرغب في بيع ولا شراء، وقف الأمر حتى يصطلحا.

---

(١) في (ي)، (ط الفكر): (بإذن).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (استأجره).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أكراها).

(٤) «الحاوي» (٩/ ١٩٣)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٧٤).

(٥) وصححه الماوردي وقطع به البغوي. «الحاوي» (٩/ ١٩٤)، «التهذيب» (٤/ ٤١٤).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بقدر).

(٧) في (ط الفكر): (الصلاح وقد تعذر بيع بعضه أو كله).

(٨) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٣).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يشترط).

(١٠) بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الشجرة: في الأصح: يُشترط القطع. ورجح الغزالي عدم =

ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان:

أحدهما: إذا فسخ، غرم للعامل أجرة مثل ما عمل[١]. ولا يقال: تتوزّع[٢] الثمار على أجرة مثل جميع العمل؛ إذ الثمار ليست معلومة عند العقد حتى يقتضي العقد[٣] التوزيع فيها.

والثاني: لو جاء أجنبي وقال: «لا تفسخ؛ لأعمل نيابة عن العامل»، لم تلزمه الإجابة؛ لأنه قد لا يأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه. نعم، لو عمل نيابة عنه من غير شعور المالك حتى حصلت الثمار، سلم للعامل نصيبه منها، وكان الأجنبي متبرعاً عليه. هذا ما ذكروه.

ولو قيل[٤]: إذا وُجِد من يتبرع بالعمل عليه[٥]، كان كما لو وُجِد له مال يستأجر منه أو وُجد من يقرض حتى لا يجوز للمالك الفسخ، لكان قريباً.

وقوله في الكتاب: (ولو عجز عن الحاكم، فكمثل إن لم يشهد)، يجوز أن يعلم بالواو؛ للوجه المطلق، وللوجه المخصوص بما إذا لم يشهد؛ لعدم الإمكان.

= اشتراطه، لأنه يجمعها ملك مالك واحد، فأشبه ما لو اشتراهما معاً.
وتُصور هذه المسألة بأن يوصي بالثمرة لإنسان، ثم يبيع الموصى له الثمرة من الوارث. انظر ما سلف (٦/ ٣٣٤-٣٣٥).

(١) الذي عند الماوردي: أن للعامل حصته من الثمرة ما قابل الماضي من عمله. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٤).

(٢) في (ي)، (ز): (بتوزيع).

(٣) قوله: (العقد) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وقيل).

(٥) قوله: (عليه) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية)، وفي (ز): (عنه).

وقوله: (ثم له أنه[١] يفسخ العقد)، مطلق، لكن موضعه ما إذا لم تخرج الثمرة كما قررناه، كذلك أورده الأكثرون.

وفي «المهذب»: أنه يفسخ[٢]، فإذا فسخ، نظر: إن لم تخرج الثمرة فللعامل الأجرة، فإن خرجت فهي بينهما. وهذا يوافق إطلاق الكتاب، لكن لا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمار فائدة. ثم هو معلم بالواو؛ لوجه ابن أبي هريرة.

والعجز عن العمل بالمرض ونحوه كالهرب[٣].

قال:

(فإن ماتَ العاملُ تَمَّمَ (و) الوارثُ العملَ مِن تركتِه، فإن لم يكُن له[٤] تركةٌ فله أن يُتَمِّمَ مِن ماله لأجَلِ الثِّمار. فإن أبى (و م) لم يُجبَرْ عليه[٥] إذا لم يكن تَرِكة، وسُلِّمَ إليه أجرةُ العملِ الماضي، وفُسِخَ العقدُ للمُستقبَل).

---

(١) في متن «الوجيز» المتقدّم: (له أن).(م ع).

(٢) أي بعد بدوّ الصلاح. «المهذب» (١٤/ ٤١١).

(٣) يمكن تلخيص المسألة المتقدّمة (هروب عامل المساقاة) في النقاط التالية:

أولاً: إن المالك إما أن يتبرع بإكمال العمل، أو يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبر العامل على العمل.

ثانياً: إن لم يمكن ذلك: يستأجر الحاكم عليه من ماله، أو من حصته من الثمرة إن بدا صلاحها. فإن لم يبد صلاحها: استقرض عليه، ثم يقضيه العامل إن رجع، أو من حصته من الثمرة بعد إدراكها.

ثالثاً: إن امتنع الاستقراض: (ولم يبد صلاح الثمرة): أ ـ إما أن يكون للمالك حق الفسخ، ويثبت للعامل أجرة المثل، وعند الماوردي: له من الثمرة ما يقابل الماضي من عمله. ب ـ أو يكون للحاكم مساقاة غيره، كما قال ابن أبي هريرة.

فإن بدا صلاح الثمرة (هنا عود على بدء)، فتباع حصته منها أو بعضها ويستؤجر عليه. وقال في «المهذب»: للمالك حق الفسخ.

(٤) قوله: (له) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم يجب عليه شيء).

إذا مات مالك الأشجار في أثناء المدة، لم تنفسخ المُسَاقاة، بل يستمر العامل على شغله، ويأخذ نصيبه من الثمار.

وإن مات العامل، فالمُساقاة[١] إما أن تكون واردة على عين العامل، أو في الذمة. إن وردت على عينه[٢]: انفسخت بموته، كما لو مات الأجير المعيّن تنفسخ الإجارة[٣]. وإن كانت في الذمة: فقد روي وجه: أنها تنفسخ؛ وكأنه موجه بأنه ربما لا يرضى بيد غيره وتصرفه. والصحيح ـ وعليه يتفرع كلام الكتاب ـ: أنها[٤] لا تنفسخ[٥] كالإجارة. وعلى هذا، فينظر: إن خلّف العامل تركة، تمّم[٦] الوارث العمل بأن يستأجر منها من يعمل.

وإلا فإن أتم العمل[٧] بنفسه، أو استأجر من ماله مَنْ يتم، فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً مهتدياً إلى أعمال المساقاة، ويسلم له المشروط. فإن أبى لم يجبر عليه[٨]. وعن رواية القاضي أبي حامد وصاحب «التقريب» وجه آخر: أنه يجبر عليه؛ لقيامه مقام الموروث. وحكي هذا عن مالك[٩]. والمذهب الأول؛ لأن منافعه خالص حقه، وإنما يجبر على توفية ما على الموروث من تركته.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في المساقاة).

(٢) قال الغزالي: «فإن أوردت على العين ففي صحتها نظر، لأن فيه نوع تضييق». «الوسيط» (٤/ ١٤٨).

(٣) قوله: (الإجارة) سقط من (ز).

وتنفسخ الإجارة بموت الأجير، لفوات المعقود عليه. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٩).

(٤) قوله: (أنها) سقط من (ط الفكر)، وفي (ي): (أنه).

(٥) قال الـمُـزَنيّ: «وإن مات قامت ورثته مقامه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤).

(٦) في (ط الفكر): (يقتسم)، وفي (ط العلمية): (يقتسم تمم).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الوارث).

(٨) «لأن المعاقدة لم تجر معه». «التهذيب» (٤/ ٤١٤). انظر: «المهذب» (١٤/ ٤١١).

(٩) انظر: «المنتقى» (٥/ ١٣٥).

نعم، لو خلف تركة وامتنع الوارث من الاستئجار منها، استأجر الحاكم. وإن لم يخلف تركة، فلا يستقرض على الميت، بخلاف الحي إذا هرب.

ومهما لم يتم العمل، فالقول في ثبوت الفسخ وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت الثمار، كما ذكرنا في الهرب[١].

واعلم أن ما ذكرناه من انقسام المساقاة إلى ما يرد على العين، وإلى ما يتعلق بالذمة، مبني على ظاهر المذهب في صحة النوعين. وتردد بعضهم في صحة المساقاة على العين؛ لما فيه من التضييق.

فرع:

نقل صاحب «التتمة»: أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً، أو تلفت الثمار كلها بجائحة أو غصب، فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرر به، كما أن عامل القراض يكلف التنضيض وإن ظهر الخسران في المال ولم ينل إلا التعب. وهذا أشبه بما[٢] ذكره في «التهذيب»[٣]: أنه إذا هلكت الثمار كلها بالجائحة ينفسخ العقد، إلا أن يزيد بعد تمام العمل وتكامل الثمار. قال: وإن هلك بعضها، فالعامل بالخيار بين أن يفسخ العقد ولا شيء له، وبين أن يجيز ويتم العمل، ويأخذ نصيبه من الباقي.

قال:

(وإن ادّعى المالكُ سرقةً أو خيانةً على العاملِ فالقولُ قولُ العامل؛ فإنّه أمين. فإن ثبَتَتْ خيانتُه يُنصَبُ (و) عليه مُشرِف، وعليه (و) أُجرتُه

(١) انظر: «المهذب» (١٤/ ٤١١)، «الحاوي» (٩/ ١٩٥).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (مما).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٤٠٩).

إن ثبتَ بالبيِّنةِ خيانتُه. وإن لم يُمكِنْ حِفظُه بالـمُشرفِ أُزيلت (م و) يدُه عنه[١] واستؤجر عليه).

دعوى المالك الخيانة والسرقة على العامل في الثمار أو السعف، لا تقبل حتى يبين قدر ما خان فيه، ويحرر الدعوى. فإذا حررها، وأنكر العامل، فالقول قوله مع يمينه[٢].

وقوله في الكتاب: (فإنه أمين)، قد يستدرك عليه؛ فإن الأمانة غير مؤثرة في هذا الحكم، بل القول قول المدّعى عليه في نفي المدَّعى[٣]، أميناً كان أو لم يكن.

فإن ثبتت خيانته بالبينة أو بإقراره، أو بيمين المالك بعد نكوله[٤]: فالذي ذكره الـمُـزَنيّ في جواب المسائل التي فرّعها على أصل الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»[٥]: أنه يستأجر عليه من يعمل عنه.

وقال في موضع آخر: يُضم إليه أمين يشرف عليه[٦]، وبه قال مَالِك[٧] رضي الله عنه.

---

(١) قوله: (عنه) زيادة في (ز).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١٦).

(٣) قوله: (في نفي المدَّعى) سقط من (ز).

(٤) من قوله: (فإن ثبتت) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٥) قال الـمُـزَنيّ: «إن علم منه سرقة في النخل وفساداً منع من ذلك، وتكوري عليه من يقوم مقامه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ١٩٤)، «التهذيب» (٤/ ٤١٤).

(٧) قال في «المدونة»: «المساقاة والكراء لازماً له، وليتحفظ منه إن خاف، وليس له أن يخرجه». «المدونة الكبرى» (٤/ ٨). انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٨٨)، «الشرح الكبير» (٣/ ٥٤٩).

فجعلهما بعضهم قولين. والجمهور نزّلوهما على حالين: إن أمكن حفظه بضم مشرف إليه قنع به، وإلا أُزيلت يده بالكلية واستؤجر عليه مَنْ يعمل عنه، وهذا ما أورده في الكتاب.

ثم إذا استـؤجر عليه، فالأجرة في ماله؛ لأن العمل مستحق عليه.

أما أجرة المشرف؛ فكذلك الجواب فيها على المشهور. في[١] «التتمة» أن ذلك مبني على أن مؤونة الحفظ على العامل، فإن المقصود من ضم المشرف إليه الحفظ. أما إذا قلنا: إن[٢] الحفظ عليهما فكذلك أجرة المشرف.

وإذا عرفت ما ذكرناه، جاز لك إعلام قوله: (أزيلت يده واستؤجر عليه)، بالميم، وكذلك بالواو، مع قوله: (وينصب عليه مشرف)؛ لطريقة القولين. وقوله: (وعليه أجرته)؛ لما ذكره[٣] في «التتمة».

وقوله: (إن ثبت بالبينة خيانته)، غير محتاج إليه؛ إذ لا فرق في وجوب الأجرة عليه بين أن تثبت خيانته بالبينة أو بالإقرار أو اليمين بعد النكول.

وقد ذكر في «الوسيط»[٤] أن «أجرة المشرف على العامل إن ثبتت خيانته بإقراره أو ببينة، وإلّا فعلى المالك»، فسوّى بين البينة والإقرار.

---

(١) كذا في المطبوع من كتاب «العزيز» (٦/ ٧٤)، ولعل الصّواب: (وفي)، حتى يستقيم المعنى. قال في «روضة الطالبين» (٥/ ١٦٤): «وأما أجرة المشرف فعليه أيضاً على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقال المتولي: تبنى على مؤونة الحفظ، إن جعلناها على العامل فكذا أجرة المشرف، وإن جعلناها عليهما فكذا هنا».(م ع).

(٢) قوله: (إن) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ذكرناه)، وفي (ي): (ذكرنا).

(٤) «الوسيط» (٤/ ١٤٨).

وقوله: «وإلّا فعلى المالك»، فيه إشكال؛ لأنه إذا لم تثبت خيانته، فما ينبغي أن يتمكن المالك من ضم المشرف إليه؛ لما فيه من إبطال استقلاله باليد.

قال:

(فإن خرجَتِ الأشجارُ مُستحَقّةً فللعاملِ أُجرةُ عملِه على الغاصب. فإن كانت الثِّمارُ باقيةً أخذها المستحِقّ، فإن تلفَت غرِمَ العاملُ ما قبَضَه لنصيبِه ضمانَ[1] (و) المشتري؛ فإنه أخذَه في مُعاوضة.

ونصيبَ الـمُساقي، وكذا الأَشجارُ إذا تلفَت يطَالَبُ بها الغاصب. وفي مُطالبةِ العاملِ بها وجهان؛ من حيثُ إنّ يدهُ لم تثبُتْ عليه مقصوداً بخلافِ المُودِع. فإن طُولِبَ رجعَ (و) به على الغاصبِ رُجوعَ الـمُودِع).

الأشجار التي وردت المساقاة عليها إذا خرجت مستحقّة، أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية. وإن جفّفاها ونقصت القيمة بالتجفيف، استحقّ الأرش أيضاً.

ويرجع العامل على الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل[2]، كما إذا غصب نقرة فاستأجر رجلاً ليضربها دراهم فضربها[3] يأخذها المالك، ويرجع الضرّاب بالأجرة على الغاصب[4].

---

(١) في (ز): (لنفسه كضمان).

(٢) قال الـمُـزَنيّ: «ولو عمل فيها العامل فأثمرت ثم استحقها ربها، أخذها وثمرها، ولا حق عليه في ما عمل فيها العامل، لأنها آثار لا عين، ورجع العامل على الدافع بقيمة عمل». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤).

(٣) قوله: (فضربها) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤١٥).

وفيه وجه: أنه لا أجرة له، تخريجاً على قولي الغرور؛ لأنه هو الذي أتلف منفعة نفسه، وتشبيهاً لفوات[1] الثمار بالاستحقاق بفواتها في المساقاة الصحيحة بجائحة.

وإن اقتسما الثمار واستهلكاها: فأما نصيب العامل، فالمالك بالخيار بين أن يطالب بضمانه الغاصب أو العامل، وقرار الضمان على العامل[2]؛ لأنه أخذه عوضاً في معاوضة، فأشبه المشتري من الغاصب[3].

وذكر في «التتمة»: أن بعض الأصحاب بنى[4] المسألة على ما إذا أطعم الغاصب المالك الطعام المغصوب[5]، فيجيء من هذا وجه أن القرار على الغاصب.

وأما نصيب الغاصب فللمستحق مطالبته بها. وفي مطالبة العامل وجهان:

أظهرهما ـ عند المعظم ـ: المطالبة؛ لثبوت[6] يده عليها، كما[7] يطالب عامل القراض إذا خرج مال القراض مستحقاً، وكما يطالب المودع من الغاصب[8].

---

(١) في (ي)، (ز): (لفوات)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (بفوات).

(٢) ويرجع العامل بعد ذلك على المساقي بأجرة مثله. «الحاوي» (٩/ ١٩٦).

(٣) قال الغزالي: «كل يد لو ابتني على يد المالك اقتضى أصل الضمان كيد العارية والسوم والشراء، فإن ابتني على يد الغاصب مع الجهل اقتضى قرار الضمان عند التلف». انظر: «الوجيز» (١/ ٢٠٧).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ذكر في).

(٥) المشهور ـ وهو الجديد ـ: أن قرار الضمان على الآكل ـ وإن كان جاهلًا ـ لأنه المتلف. انظر ما سلف (٨/ ٥٠٦-٥٠٧).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بثبوت).

(٧) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (كما لا).

(٨) الأصح: أن المضارب والمودع من الغاصب يُطالب، وفي الأظهر: أن الضمان لا يستقر عليه، وإنما يرجع على الغاصب عند الجهل. انظر ما سلف (٧/ ٧٩).

والثاني: المنع[١]؛ لأن يده لم تثبت عليه مقصودةً بخلاف المودع، بل يد الغاصب[٢] مستدامة حكماً، وهو نائب في الحفظ والعمل كأجير يعمل في حديقة[٣].

وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلف جميع الثمار قبل القسمة بجائحة أو غصب، فإن أثبتنا يد العامل عليها فهو مُطالبٌ بضمانها، وإلّا فلا. ولو تلف شيء من الأشجار، ففيه هذان الوجهان.

وإذا قلنا بأن العامل مطالب بنصيب الغاصب، فإذا غرمه، ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع المودع، والظاهر أنه يرجع، وهذا الذي ذكره صاحب الكتاب.

ومواضع العلامات في الفصل غير خافية، ومنها: قوله: (ضمان المشتري)، فإنه قصد به الإشارة إلى الاستقرار، وفيه ما حكاه صاحب «التتمة».

وقوله: (ونصيب المساقي)، أراد به هاهنا الغاصب الذي هو في صورة المالك، وقد يسمى العامل مساقياً؛ لأن كل واحد من المفاعلة مفاعل. ولو حذف لفظ الغاصب من قوله: (يطالب به الغاصب)، لكان أقرب إلى الفهم؛ لأنه إذا اختلف اللفظ ذهب الوهم[٤] إلى اختلاف المعنى، والمراد من المساقي هو الغاصب.

---

(١) وهو ظاهر كلام الـمُـزَنيّ، حيث قال: «فإن اقتسما الثمرة فأكلاها، ثم استحقها ربها، رجع على كل واحد منهما بمكيلة الثمرة، وإن شاء أخذها من الدافع لها، ورجع الدافع على العامل بالمكيلة التي غرمها، ورجع العامل على الذي استعمله بأجر مثله». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٤ - ٢٢٥). ذكر ذلك البغوي وقال: «وهو الأصح». «التهذيب» (٤/ ٤١٥).

(٢) في (ي): (العاقد)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (العامل).

(٣) و«لأنه لو كان في يده، لزمه حفظه كما يلزم العامل في القراض». «المهذب» (١٤/ ٤١١).

(٤) في (ي): (ذهب اللفظ)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (أذهب الوهم).

قال:

(وإن اختلفَ الـمُتعاقدانِ في قَدْرِ الجزءِ المشروطِ تحالَفا (م)، كما في القِراض).

إذا اختلف المتعاقدان في قدر المشروط للعامل[1] ولا بَينة؛ تحالفا، كما ذكرنا في القراض. وإذا تحالفا وتفاسخا قبل العمل فلا شيء للعامل، وإن كان بعده فللعامل أجرة مثل عمله[2]. وعن مالك[3] رضي الله عنه: أنهما لا يتحالفان بعد العمل، بل القول[4] قول العامل.

وعن أحمد[5]: أن القول قول المالك.

وإن كان لأحدهما بينة قضي له. فإن كان لكل واحد منهما بينة: فإن قلنا بالتهاتر وهو الأصح، فكما لو لم تكن بينة، فيتحالفان. وإن قلنا بالاستعمال، فيقرع بينهما[6]. ولا يجري قولا الوقف والقسمة؛ لأن الاختلاف في العقد، والعقد لا يوقف ولا يقسم. وقيل: يجيء قول القسمة في القدر المختلف فيه، فينقسم بينهما نصفين.

---

(١) قال الـمُـزَنيّ: «لو اختلفا بعد أن أثمرت النخل على مساقاة صحيحة، فقال رب النخل: «على الثلث»، وقال العامل: «بل على النصف»، تحالفا، وكان له أجر مثله في قياس قوله». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٥).

(٢) «لأن العقد إذا ارتفع بالتحالف، بطل المسمى، واستحق قيمة المتلف». «الحاوي» (٩/ ١٩٩).

(٣) «مواهب الجليل» (٥/ ٣٨٧)، «المدونة الكبرى» (٤/ ٩).

(٤) في (ز): (والقول).

(٥) عند الحنابلة: القول قول المالك كما في المضاربة. ولهم رواية أخرى: بأن القول قول العامل. انظر: «الإنصاف» (٥/ ٤٥٧، ٤٧٩).

(٦) «وهل يحلف صاحبها معها، أو لا؟ على قولين». «الحاوي» (٩/ ٢٠٠).

ولو ساقاه شريكا الحديقة[١]، ثم قال العامل[٢]: «شرطتما[٣] لي نصف الثمار»، وصدقه أحدهما. وقال الثاني: «بل شرطنا الثلث»: فنصيب المصدق يقسم[٤] بينه وبين العامل، وفي نصيب المكذب الحكم بالتحالف[٥].

ولو شهد المصدق للمكذب أو للعامل، قُبِلت شهادته؛ لأنه لا يجرّ بها نفعاً، ولا يدفع بها ضرراً[٦]. وإذا اختلفا في قدر الأشجار المعقود[٧] عليها، أو في ردّ شيء من المال، أو هلاكه، فالحكم على ما ذكرنا في القراض.

فروع:

أحدها: إذا بدا صلاح الثمرة[٨]، فإن وثق المالك بالعامل[٩]؛ تركها في يده إلى وقت الإدراك، فيقسمان حينئذ إن جوزناها، أو يبيع أحدهما نصيبه من الثاني، أو يبيعان من ثالث.

فإن لم يثق به، وأراد تضمينه التمر أو الزبيب، فيبنى على أن الخرص[١٠] عبرة

---

(١) في (ط العلمية): (شريكان في الحديقة).

(٢) قوله: (العامل) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر): (شرطنا).

(٤) في (ي)، (ز): (مقسوم).

(٥) في (ي)، (ز): (التحالف).

قال الـمُـزَنيّ: «كان له مقاسمة المقرّ في نصفه على ما أقرّ به، وتحالف هو والمنكر، وللعامل أجر مثله في نصفه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٥).

(٦) ولأن شهادة الشريك مقبولة. «الحاوي» (٩/ ٢٠٠).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المعقودة).

(٨) في (ي)، (ز): (بدا صلاح الثمرة)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (بدأ الصلاح في الثمرة).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالعمل).

(١٠) قوله: (الخرص) سقط من (ط الفكر). =

أو تضمين؟ إن جعلناه[١] عبرةً، لم يجز. وإن جعلناه[٢] تضميناً: فالأصح: جوازه كما في الزكاة، وقد روي عن النبي ﷺ «أنه خرص على أهل خيبر»[٣]. وقيل: لا يجوز؛ لأنه بيع الرطب بالتمر مع تأخر أحد العوضين، ويخالف الزكاة؛ لأنها مبنية على المسامحة، وكذا قضية[٤] خيبر؛ لأنه يتسامح في معاملات الكفار ما لا يتسامح في غيرها. ويجري الخلاف في ما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص.

الثاني: إذا انقطع ماء البستان وأمكن ردّه، ففي تكليف المالك السقي وجهان:

أحدهما: لا يكلف، كما لا يجبر أحد الشريكين على العمارة[٥]، وكما لا يجبر المكري على عمارة[٦] الدار المكراة[٧].

والثاني: يكلف؛ لأن العامل لا يتمكن[٨] من العمل إلا به، فأشبه ما إذا استأجره لقصارة ثوب بعينه، يكلف تسليمه إليه. فعلى هذا لو لم يسع في ردّه، لزمه للعامل أجرة عمله، فإن لم يمكن ردّ الماء، فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة.

= «الخرص: الحَزْر والحَدْس والتخمين...، وقيل هو التظني في ما لا تستيقنه». «تاج العروس» فصل الخاء، باب الصاد (٤/ ٣٨٥) (خرص).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (جعلتا)، وفي (ز): (جعلناها).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (جعلنا).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الخرص، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «كان النبي ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل». وكذا عن جابر (٣/ ٢٦٣، ٢٦٤) (٣٤١٣)، (٣٤١٤). وأخرجه الإمام أحمد في مسند جابر بن عبد الله (٣/ ٣٦٧)، من حديث طويل، قال الهيثمي: «رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح». «مجمع الزوائد» (٤/ ١٢٤).

(٤) في (ز): (قصة).

(٥) في (ط العلمية): (عمل العمارة)، وفي (ط الفكر): زيادة فيها خلل.

(٦) من قوله: (وكما لا) إلى هنا سقط من (ز).

(٧) في (ز): (في الدار المكراة).

(٨) كذا في (ز)، وفي غيرها: (لأنه لا يتمكن العامل).

الثالث: السواقط: وهي السعف[١] التي تسقط من النخل، يختص بها المالك[٢]، وما يتبع الثمرة فهو بينهما. قال الشيخ أبو حامد: ومنه الشماريخ[٣].

الرابع: دفع بهيمته إلى غيره ليعمل عليها، وما رزق الله عزَّ وجلّ فهو بينهما، فالعقد فاسد؛ لأن البهيمة يمكن إجارتها، فلا حاجة إلى إيراد عقد عليها فيه غرر. ولو قال: «تعهد هذه الأغنام على أن يكون دَرّها[٤] ونسلها بيننا»، فكذلك؛ لأن النماء[٥] لا يحصل بعمله[٦].

ولو قال: «اعلف[٧] هذه من عندك، ولك النصف من درّها»، ففعل، وجب بدل العلف على صاحب الشاة، والقدر المشروط من الدَّر لصاحب العلف مضمون في يده؛ لحصوله بحكم بيع فاسد، والشاة غير مضمونة؛ لأنها غير مقابلة بالعوض.

ولو قال: «خذ هذه الشاة واعلفها؛ لتسمن، ولك نصفها»، ففعل، فالقدر[٨] المشروط منها لصاحب العلَف مضمون عليه دون الباقي.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (السقف).

(٢) لأنها «ليس من مألوف النماء». «الحاوي» (٩/ ١٦٧).

(٣) الشماريخ: جمع شمراخ بالكسر وشمروخ بالضم، وهو الذي يكون فيه الرطب، أو هو العثكال الذي عليه بسر وأصله في العذق. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٢٢) (الشمراخ)، «تاج العروس» فصل الشين، باب الخاء (٢/ ٢٦٤) (شمرخ).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لك درها).

(٥) في (ط الفكر): (الدر).

(٦) والدر والنسل لرب الأغنام، وللعامل أجرة مثله. انظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٨).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (اعتلف).

(٨) في (ي): (فالعقد).

الخامس: قال في «التتمة»: إن كانت المساقاة في الذمة، فللعامل[1] أن يعامل غيره لينوب عنه.

ثم إن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه، فذاك. وإن شرط له أكثر من ذلك، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة: إن جوزناه وجب للزيادة أجرة المثل، وإن لم نجوزه فللجميع[2]. وإن كانت المساقاة على عينه، لم يكن له أن ينيب ويعامل غيره. فلو فعل، انفسخت المساقاة بشركة العمل، وكانت الثمار كلها للمالك، ولا شيء للعامل.

والعامل الثاني، إن كان عالماً بفساد العقد فلا شيء له، وإلا ففي استحقاقه أجرة المثل ما ذكرناه في خروج الثمار مستحقة، والله أعلم.

*　*　*

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فالعامل).

(٢) في (ي): (فالجميع)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (فالجميع له).

والمقصود: إن لم نجوز تفريق الصفقة، وجب لجميع عمله أجرة المثل.


كِتَابُ الأَجَارَةِ

قال حجة الإسلام رحمه الله تعالى:

(كتاب الإجارة[١]

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأوَّل: في أركان صحّتِها

وهي بعدَ العاقدين ـ ولا يخفى أمرُهما ـ ثلاثة:

الأوَّل: الصِّيغة: وهي أن يقول: «أكريتُكَ الدار» أو «أجَّرْتُـك»، فيقول: «قَبِلْتُ». ويقومُ مَقامَهما (و) لفظُ التمليك، ولكن يُشترَطُ[٢] أن يُضيفَ إلى المنفعةِ فيقول: «ملَّكتُكَ منفعةَ الدارِ شهراً». والظاهرُ (و): أن لفظَ البيعِ لا يقومُ مَقامَ التمليك؛ لأنه موضوعٌ لـمِلكِ الأعيان).

نفتتح الباب بمقدمات:

إحداها: أنه يستعمل[٣] في هذا العقد لفظتان:

إحداهما: الإجارة، وهذه اللفظة وإن اشتهرت في العقد، فهي في اللغة اسم

---

(١) الإجارة في اللغة: اسم من قولهم: أجره يأجره بالضم والكسر، إذا جزاه وأثابه وأعطاه الأجر، كآجره يؤجره إيجاراً ومؤاجرة. وأجّر المملوك أي أكراه، واستأجرته أي اتخذته أجيراً، وآجرته فهو مؤجَّر، وأنا مؤجِّر. انظر: «الصحاح» باب الراء، فصل الألف (٢/ ٥٧٦) (أجر)، «تاج العروس» فصل الألف، باب الراء (٣/ ٧) (أجر).
وشرعاً: عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم. «مغني المحتاج» (٢/ ٣٣٢).

(٢) في (ز): (بشرط).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (سيعمل).

للأجرة، وهي كراء الأجير، وذكر الجبان[١] في «الشامل» أنه يقال لها: أُجارة أيضاً بالضم[٢]، ويقال: استأجرت دار فلان، وآجرني[٣] داره ومملوكه يؤجرهما[٤] إيجاراً، فهو مؤجِّر وذاك مؤجَّر، ولا يقال: مؤاجِر ولا آجِر.

أما المؤاجَر، فهو من قولك: آجر الأجير مؤاجرة، كما يقال: زارعه وعامله، وآجر هذا «فَاعَل»، وآجَر داره «أفعل» لا[٥] «فاعل»[٦]، ولا يجيء[٧] منه مفاعل.

وأما الآجر، فهو فاعل قولك: أَجَرَهُ يأجُره ويأجِره أجراً إذا أعطاه أجراً[٨]، وقولك: آجره يأجره[٩]، إذا صار أجيراً له[١٠].

---

(١) قوله: (الجبان) سقط من (ز)، وفي (ط العلمية): (ابن الصباغ)، ولعله تصحيح من المحققين، حيث نوَّها في الحاشية أن في الأصول: (الجبان).
والجبان هو: محمد بن علي بن عمر، أبو منصور بن الجبان، أحد علماء الريّ، وسكن أصبهان، وكان إماماً في اللغة، وهو من أصحاب أبي علي الفارسي. شرح «الفصيح»، وله كتاب «الشامل في اللغة»، «انتهاز الفرص في تفسير المقلوب من كلام العرب»، توفي سنة (٤٨٦هـ). انظر: «معجم الأدباء» (١٨/ ٢٦٠ - ٢٦١) (٧٩)، «بغية الوعاة» (١/ ١٨٥ - ١٨٦) (٣٠٩)، «كشف الظنون» (٢/ ١٢٧٣)، (البابانى، إسماعيل باشا بن محمد أمين) «إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون» (٤/ ٣٩).

(٢) «لأنها هي العُمالة، فتضمها كما تضمها». «المصباح المنير» (١/ ٥).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وأجر لي).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يؤجرها).

(٥) قوله: (لا) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٦) قال الفيومي: «فآجرت الدار والعبد، من أَفْعَل لا من فَاعَل، ومنهم من يقول: آجرت الدار على فَاعَل». وقال: «ومن العرب منْ يقول: آجرته فهو مؤجَر في تقدير أَفْعَلْت فهو مُفْعَل، وبعضهم يقول: فهو مؤاجَر في تقدير فاعلته». «المصباح المنير» (١/ ٥) (أجر).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يجر).

(٨) في (ز): (أجرة).

(٩) قوله: (يأجره) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(١٠) قوله: (له) سقط من (ي).

وقوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧]، فسره بعضهم بالمعنى الأول، فقال: «تعطيني من تزويجي إياك رعي الغنم، هذه المدة»، وبعضهم بالثاني: فقال: «تصير أجيري»[١]. وإذا استأجرت عاملًا لعمل فأنت آجر بالمعنى الأول؛ لأنك تعطي الأجرة، وهو آجَر بالمعنى الثاني؛ لأنه يصير أجيراً لك.

وأجره الله[٢]: لغة في: آجره، أي: أعطاه أجره. والأجير[٣]: فعيل بمعنى مفاعل، كالجليس والنديم. هذا تلخيص ما ذكره أئمة اللغة.

والثانية: الإكراء[٤]، يُقال: أكريت الدار فهي مكراة، ويقال: اكتريت واستكريت وتكاريت بمعنى، ورجل مكاري، والكريّ على فعيل المكاري والـمكتري أيضاً، والكراء ـ وإن اشتهر اسماً للأجرة ـ فهو[٥] في الأصل مصدر: كاريت[٦].

المقدمة الثانية: أصل هذا العقد: من الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقصة موسى وشعيب عليهما السّلام[٧]. ومن الخبر: نحو قوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجرته قبل أن يـجف عرقه»[٨]. ومن الأثر: ما روي

---

(١) «التفسير الكبير» (٢٤/ ٢٤٢).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (إليه).

(٣) في (ي): (وفي الأجير).

(٤) الكراء لغة: ممدود مصدر كاريت، يقال: كاراه واكتراه وأكراني دابته وداره فهي مكراة. وأكريته إكراءً فاكتراه بمعنى آجرته فاستأجر، والفاعل مكترٍ ومكرٍ. انظر: «الصحاح» باب الواو والياء، فصل الكاف (٦/ ٢٤٧٣) (كرى)، «تاج العروس» فصل الكاف، باب الواو والياء (١٠/ ٣١٣) (كرى)، «المصباح المنير» (٢/ ٥٣٢) (الكراء).

(٥) كذا في (ز)، وفي غيرها: (فهي).

(٦) انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٣٢).

(٧) قوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧].

(٨) أخرجه ابن ماجَهْ، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء (٢/ ٨١٧) (٢٤٤٣) من حديث ابن عمر. قال =

أن علياً عليه السلام «آجَر نفسه من يهودي ليسقي له كل دلـو بتمرة»[١]. ثم الحاجة داعية إليه ظاهرة، وهو متفق على صحته، إلا ما يحكى فيه[٢] عن عبد الرحمن بن كيسان الأصم[٣] والفاشاني[٤].

مقدمة أخرى: اختلف الأصحاب في أن المعقود عليه في الإجارة ماذا؟ فعن

= ابن حجر: «وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم». ومن حديث جابر، أخرجه الطبراني في «الصغير» باب الألف، من اسمه أحمد (١/ ٢٠ - ٢١)، قال الهيثمي: «وفيه شرقي بن قطامي وهو ضعيف». وأخرجه أبو يعلى من حديث أبي هريرة بلفظ: «قبل أن يجف رشحه» مسند أبي هريرة (٦/ ١٣٦) (٦٦٥٢). قال الهيثمي: «وفيه عبد الله بن جعفر بن نجيح والد علي بن المديني، وهو ضعيف». انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٩) (١٢٨٤)، «مجمع الزوائد» (٤/ ١٠٠ - ١٠١)، «نصب الراية» (٤/ ١٢٩ - ١٣٠).

أقول: وحسنه المناوي في «فيض القدير» (١/ ٥٦٢) بمجموع طرقه. (م ع).

(١) أخرجه ابن ماجَهْ من حديث ابن عباس، كتاب الرهون، باب الرجل يستقي كل دلو بثمرة ويشترط جَلـدَة (٢/ ٨١٨) (٢٤٤٦). قال ابن حجر: «وفيه حنـش راوية عن عكرمة عنه، وهو مضعف». وقال الزيلعي: «وأعله في «التنقيح» بحنش، قال: «واسمه حسين بن قيس، وقد ضعّفوه إلا الحاكم، فإنه وثّقه». ومن رواية أخرى قال الهيثمي: «رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح، إلا أن مجاهداً لم يسمع من علي». وجوَّد إسناده الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير». انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٦١)، «نصب الراية» (٤/ ١٣٢ - ١٣٣)، «مجمع الزوائد» (٤/ ١٠٠).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (ز).

(٣) الأصم: عبد الرحمن بن كيسان الأصم، أبو بكر. فقيه معتزلي مفسر. قال ابن حجر: «هو من طبقة الهذيل. قال القاضي عبد الجبار: كان جليل القدر يكاتبه السلطان. توفي سنة (٢٠١هـ). انظر: «سير أعلام النبلاء» (٩/ ٤٠٢).

(٤) الفـاشـاني: عمر بـن عبد العزيـز بن أحمد الفـاشـاني، أبو طـاهر. كـان إمـاماً فقيـهاً متكلماً عالماً بالتواريخ. قرأ على الشيخ أبي حامد، وقرأ علم الكلام على أبي جعفر السِّمنـاني تلميذ الباقلاني، وسمع وحدث.

ولد سنة (٣٨٥هـ)، ومات بمرو سنة (٤٦٣هـ). انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (٢/ ١٢٩) (٨٨٥).

أبي إسحاق[١] وغيره: أن المعقود عليه العين ليستوفي منها المنفعة؛ لأن المنافع معدومة، ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً. وأيضاً: فإن اللفظ مضاف إلى العين، ألا ترى أنك تقول: آجَرتُك هذه الدار؟

وقال المعظم: العين غير معقود عليها[٢]؛ لأن المعقود عليه[٣] ما يُستحق بالعقد ويجوز التصرف فيه، والعين ليست كذلك، فإذن[٤] المعقود عليه المنفعة، وبه قال[٥] أبو حنيفة[٦] رضي الله عنه ومالك[٧]، وعليه ينطبق قول الجمهور: إن الإجارة تمليك المنافع بعوض[٨].

ثم حققوا ذلك بأن عين الثوب مثلاً تعلق به ثلاثة أمور: أحدها: صلاحيته لأن يلبس. والثاني: الفائدة الحاصلة باللبس كاندفاع الحر والبرد. الثالث: نفس اللبس المتوسط بينهما.

واسم المنفعة يقع عليها[٩] جميعاً، ومورد العقد المستحق به[١٠] إنما هو الثالث.

---

(١) انظر «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٠).

(٢) لأنه يصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة إلى عين. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٠٦).

(٣) قوله: (عليه) سقط من (ي).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإن).

(٥) في (ط العلمية): (قال أحمد).

(٦) «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٤ – ١٧٥).

(٧) انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٤٢١ – ٤٢٢)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٩ – ٢٠).

(٨) في (ط العلمية): (به بعوض).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (عليهما).

(١٠) قوله: (به) زيادة في (ي)، (ز).

ويشبه ألا يكون ما حكيناه خلافاً محققاً؛ لأن من قال: المعقود عليه العين، لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع، ألا ترى أنه قال: المعقود عليه العين لاستيفاء المنفعة؟ ومن قال: المعقود عليه المنفعة، لا يقطع الحق عن العين بالكلية، بل له[١] تسليم[٢] العين وإمساكها مدة العقد؛ لينتفع بها.

وإذا عرفت هذه المقدمات، فالإجارة تنقسم إلى صحيحة وغيرها[٣]. وإذا صحت، ترتب عليها أحكام، ودامت إلى انتهاء مدتها إلا أن يعرض[٤] ما يقتضي فسخاً أو انفساخاً[٥]. فالكلام في ثلاثة مقاصد أدرجها المصنف في ثلاثة أبواب: أحدها: في أركان صحة الإجارة. والثاني: في أحكامها إذا صحت. والثالث: في العوارض المقتضية للفسخ والانفساخ.

أما الباب الأول: فقد يخطر[٦] لك أولًا: أنه ترجمه بأركان الصحة، فأضاف الأركان إلى الصحة، وكذلك فعل في القراض، وأضاف في البيع[٧]، وأكثر العقود الأركان إلى نفسها، فهل لذلك من سبب؟ والجواب: أنه لا فرق بين عقد وعقد في الأمور المسماة أركاناً: فإذا أضيفت إلى نفس العقد، فعلى المعنى الذي حكيناه عن «الوسيط»[٨] في أول البيع[٩]. وإن أضيفت إلى الصحة، فعلى المعنى الذي

---

(١) قوله: (له) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تسلم).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإلى غيرها).

(٤) في (ط الفكر)، (يفرض).

(٥) في (ي): (تفاسخاً).

(٦) يخطر: يقال: خطر ببالي وعلى بالي خطْراً وخُطُوراً، والخاطر: ما يخطُر في القلب من تدبير أمر. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٧٣) (الخطر).

(٧) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٢١) (القراض)، (١/ ١٣٢) (البيع).

(٨) «الوسيط» (٣/ ٥).

(٩) انظر ما سلف (٥/ ٣٤١).

ذكرناه آخراً هناك، وهو[1] أنها أمور معتبرة في الصحة على صفة[2] مخصوصة.

وثانياً: أنه عد الأركان دون العاقدين ثلاثة، وفي البيع مع العاقدين ثلاثة؛ وسببه: أنه في البيع أخذ المعقود عليه بمطلقه ركناً، وأنه يشمل العوضين، وهاهنا جعل كل واحد منهما ركناً برأسه، ولا فرق في الحقيقة.

وقوله: (في العاقدين، ولا يخفى أمرهما)، أشار به إلى ما يعتبر فيهما من العقل والبلوغ، كما تقرر[3] في سائر التصرفات.

الركن الأول: الصيغة، وهي أن تقول: «أكريتك هذه الدار» أو «آجرتكها مدة كذا بكذا»، فيقول على الاتصال: «قبلت» أو «استأجرت» أو «اكتريت». ولو أضافهما إلى المنفعة فقال: «أكريتك منافع هذه الدار» أو «آجرتكها»، فوجهان[4]:

أظهرهما ـ وبه أجاب في «الشامل» ـ: أنه يجوز، ويكون ذكرُ المنفعة ضرباً من التأكيد، كما لو قال: «بعتك عين هذه الدار ورقبتها»، يصح البيع[5].

والثاني: المنع، وهو الذي أورده الإمام[6]؛ لأن لفظ الإجارة وضع مضافاً إلى العين.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وهي).

(٢) في (ي)، (ز): (صفات).

(٣) كذا في (ي)، (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (تقدم).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤٢٦).

(٥) قوله: (البيع) سقط من (ز).

(٦) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (في الكتاب)، والمثبت في النص من (ز)، وهو الصواب، حيث لم يشر الغزالي إلى هذه المسألة في «الوجيز»، وإن كان أشار إلى ذلك في «الوسيط» بقوله في ما يخص لفظ الإجارة: «وشرطها: الإضافة إلى عين الدار، لا إلى المنفعة». (٤/ ١٥٤). «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٦٨-٦٩، ١١٢-١١٣).

وإن كان العقد في الذمة فقال: «ألزمت ذمتك كذا»، فقال: «قبلت»، جاز، وأغنى عن الإجارة والإكراء.

وإن تعاقدا بصيغة التمليك، نظر: إن أضافها إلى المنفعة، فقال: «ملّكتك منفعتها شهراً»، جاز؛ لأن[١] الإجارة تمليك منفعة بعوض. ولو قال: «بعتك منفعة هذه الدار شهراً»:

فأحد الوجهين ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنه يجوز؛ لأن الإجارة صنف من البيع[٢].

وأظهرها: المنع؛ لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع[٣]، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة.

هذا هو النقل الظاهر، والمذكور في الكتاب. ووراءه شيئان غريبان:

أحدهما: طرد صاحب الكتاب «التهذيب»[٤] الوجهين في قوله: «بعتك منفعة هذه الدار»، في ما لو قال: «ملكتك[٥] منفعتها».

والثاني: حكى أبو العباس الروياني طريقة قاطعة بالمنع في ما إذا قال: «بعتك منفعة هذه الدار».

ويجوز أن يعلم للأول قوله في الكتاب: (ويقوم مقامها لفظ التمليك).

---

(١) في (ي)، (ز): (فإن).

(٢) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٥٤)، «التهذيب» (٤/ ٤٢٦).

(٣) قال في «المهذب»: «لأنه يخالف البيع في الاسم والحكم، فلم ينعقد بلفظه كالنكاح» (١٥/ ٧).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤٢٦، ٤٢٨).

(٥) في (ي): (بعتك).

وللثاني قوله: (والظاهر أن لفظ البيع لا يقوم مقام التمليك[1]).

ولو قال: «ملكتك» أو «بعتك هذه الدار»، لم ينعقد به الإجارة بحال.

* * *

---

(١) من قوله: (والثاني) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الثاني: الأُجرة:

فإن كانت في الذِّمّةِ فهي كالثَّمن، حتى يتَعجَّلُ (ح م) بمُطلَقِ العقد.

وإن كانت مُعيَّنةً[1] فهو كالمَبيعِ فيُراعى شرائطُه؛ فلو آجرَ داراً بعِمارتِها، أو بدراهمَ معلومةٍ بشرطِ صَرْفِها إلى العِمارةِ بعَمَل المستأجِر: فهو فاسد؛ لأنّ العملَ في العِمارةِ مجهول. ولو كانت الأُجرةُ صُبْرةً[2] مجهولةً جازَ كما في البيع. وقيل: إنه على قولَينِ كما في رأسِ مالِ السَّلَم).

الإجارة تنقسم إلى: واردة على العين، كما إذا استأجر دابة بعينها ليركبها أو يحمل عليها أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب. وإلى واردة على الذمة: كما إذا استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل، أو قال: «ألزمت ذمتك خياطة ثوب» أو «بناء جدار»، فقبل.

وفي قوله[3]: «استأجرتك لكذا» أو «لتفعل كذا»، وجهان:

أظهرهما: أن الحاصل به إجارة عين للإضافة إلى المخاطب، كما لو قال: «استأجرت هذه الدابة».

والثاني ـ ويحكى عن اختيار القاضي حسين ـ: أن الحاصل إجارة في الذمة؛ لأن المقصود حصول العمل من جهة المخاطب، فكأنه قال: «استحققت عليك

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كان معيناً).

(٢) قوله: (صبرة) سقط من (ز).

(٣) في (ي)، (ز): (وفي)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (وقوله).

كذا»، وإنما تكون إجارة عين على هذا، إذا زاد فقال: «استأجرت عينك» أو «نفسك لكذا»، أو «لتعمل بنفسك كذا».

وإجارات العقارات لا تكون إلا من القسم الأول؛ لأنها لا تثبت في الذمة، ألا ترى أنه لا يجوز السلم في دار ولا أرض(١).

وإن وردت الإجارة على العين، لم يجب تسليم(٢) الأجرة في المجلس(٣)، كما لا يجب تسليم الثمن في البيع.

ثم إن كانت في الذمة، فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال. وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم كانت مؤجلة أو منجمة، وإن شرط التعجيل كانت معجلة، وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضاً، وملكها المكري بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر(٤)، وبهذا قال أحمد(٥).

وقال أبو حنيفة(٦) ومالك(٧): لا تملك الأجرة عند الإطلاق بنفس العقد،

---

(١) وكذلك لا يجوز ابتياع العقار في الذمة فكذلك استئجاره. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٤).

(٢) قوله: (تسليم) زيادة في (ز).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٠).

(٤) قال الشافعي: «وإذا دفع ما أكرى، وجب له جميع الكراء». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٥). انظر: «الحاوي» (٩/ ٢١١).

(٥) «الكافي» (٢/ ٣١١).

(٦) هذا عند الحنفية، لأن الأجرة بدل المنفعة وهي تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان، فكذا ما يقابلها. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠١ - ٢٠٢)، «الاختيار» (٢/ ٥١).

(٧) انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٠٣).

قال ابن رشد (الحفيد): «فعند مالك وأبي حنيفة: أن الثمن إنما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع، إلا أن يشترط ذلك، أو يكون هنالك ما يوجب التقديم، مثل أن يكون عوضاً معيناً أو يكون كراءً في ذمة». (ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي) «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» (٢/ ٢٢٨)، (الطبعة السادسة ١٤٠٢هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان).

كما لا يملك المستأجر المنفعة فإنها معدومة، ولكن يملكها شيئاً فشيئاً، كذلك الأجرة، إلا أن المطالبة كل لحظة مما يعسر، فضبط أبو حنيفة باليوم، وقال: كلما مضى يوم طالبه بأجرته[١]. وهو رواية عن مالك رضي الله عنه، وقال في رواية: لا يستحق أخذ الأجرة حتى تنقضي المدة بتمامها[٢].

لنا: أن الأجرة عوض في معاوضة تتعجل بشرط التعجيل، فتتعجل عند الإطلاق كالثمن، ولذلك[٣] نقول: يملك المستأجر المنفعة في الحال[٤]، وينفذ تصرفه فيها، إلا أنها تستوفى على التدريج. وقولهم بأنها معدومة، يشكل بما إذا شرط التعجيل، فإن الشرط لا يجعل المعدوم موجوداً.

ثم قال الأصحاب: المنافع إما موجودة، وإما ملحقة بالموجودات، ولهذا صحّ إيراد العقد عليها، وجاز أن تكون الأجرة ديناً في الذمة، ولولا أنها ملحقة بالموجودات لكان ذلك في معنى بيع الدين بالدين[٥].

ويجب أن تكون الأجرة معلومة القدر والوصف كالثمن إذا كان في الذمة، وقد روي أنه ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه[٦] أجره»[٧]. فلو قال: «اعمل

---

(١) هذا من قبيل الاستحسان، لأن في المطالبة ساعة فساعة حرجاً عظيماً وضرراً ظاهراً، ولأن حصة كل ساعة غير معروفة. انظر: «الاختيار» (٢/ ٥٥ - ٥٦).

(٢) قال الدردير: «وإذا لم يجب فمياومة كلما استوفى منفعة يوم أي قطعة من الزمن معينة أو تمكن من استيفائها، لزمه أجرته». «الشرح الكبير» (٤/ ٤)، انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٣٩٣ - ٣٩٤).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (وكذلك).

(٤) في (ي): (الكل).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢١١).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فليعطه).

(٧) أخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة، كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة (٦/ ١٢٠). =

كذا لأرضيك» أو «أعطيك شيئاً» وما أشبهه، فسد العقد، وإذا عمل استحق أجرة المثل[١]. ولو استأجر أجيراً بنفقته أو كسوته، فسد[٢]، خلافاً لمالك[٣] وأحمد[٤] حيث قالا: تجوز ويستحق الوسط. ولأبي حنيفة[٥] في المرضعة خاصة.

لنا: القياس على عوض البيع والنكاح.

وإن استأجر بقدر معلوم من الحنطة أو الشعير، ووصفه[٦] كما يجب في السلم جاز، أو بأرطال[٧] من الخبز يبنى على جواز السلم في الخبز[٨].

= وأخرجه النسائي موقوفاً على أبي سعيد الخدري بلفظ: «إذا استأجرت أجيراً، فأعلمه أجره» كتاب المزارعة، الثالث من الشروط فيه المزارعة والوثائق (٧/ ٣٢).
قال ابن حجر في رواية البيهقي: «وهو منقطع». انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٠) (١٢٨٥)، «مجمع الزوائد» (٤/ ١٠٠)، «نصب الراية» (٤/ ١٣١).

(١) «لأنه لم يبذل عمله إلا في مقابلة عوض». «الحاوي» (٩/ ٢٧٦).

(٢) للجهالة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٠٧).

(٣) «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤١٠).

(٤) «الكافي» (٢/ ٣١٢)، «الإنصاف» (٦/ ١٢).

(٥) يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها عند أبي حنيفة دون الصاحبين، استحساناً، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، من غير فصل بين ما إذا كانت الوالدة منكوحة أو مطلقة. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٣ - ١٩٤)، «المبسوط» (١٥/ ١١٩ - ١٢٠)، «الاختيار» (٢/ ٥٩).

(٦) في (ز): (وضبطه).

(٧) أرطال: جمع رطل، وكسره أشهر من فتحه، وهو معيار يوزن به، وهو بالبغدادي (اثنتا عشرة أوقية)، وهو المراد عند إطلاق الفقهاء، كما أن الرطل مكيال أيضاً، وهو يساوي تقريباً (٥ ,٣٧٦ جرام). انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٣٠) (الرطل)، «المقادير في الفقه الإسلامي» ص٤١ - ٤٣، ٤٧.

(٨) الأصح عند الإمام: جواز السلم في الخبز، وصحح الأكثرون منعه. انظر ما سلف (٦/ ٤٥٠).

ولو آجَر الدار بعمارتها، أو الدابة بعلفها، أو الأرض بخراجها أو مؤونتها لم يجز[١]. وكذلك لو آجَرها بدراهم معلومة على «أن يعمرها ولا يحسب ما أنفق من الدراهم». وكذا لو آجَرها بدراهم معلومة[٢] على أن يصرفها إلى[٣] العمارة؛ لأن الأجرة الدراهم والصرف إلى العمارة، والعمل في الصرف مجهول وإن كانت الدراهم معلومة. ثم إذا صرفها إلى العمارة رجع بها[٤].

ولو أطلق العقد ثم أذن له في الصرف إلى[٥] العمارة، وتبرع به المستأجر جاز. فإن اختلفا في قدر ما أنفقه[٦]، فقولان[٧] في أن القول قول من؟

ولو سلم إليه ثوباً وقال: «إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم»، فالعقد فاسد، والواجب أجرة مثله في أي يوم خاطه[٨]، وبه قال مالك[٩].

---

(١) وذلك للجهالة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٠٧).

(٢) من قوله: (على أن) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (في).

(٤) في (ط العلمية): (ثم رجع بها).

(٥) في (ط الفكر): (في).

(٦) في (ط العلمية): (في ما أنفقه).

(٧) في (ي): (فوجهان).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٩).

(٩) عند المالكية: إن الإجارة لا تجوز وهي فاسدة، للجهل بقدر الأجرة، وله أجرة المثل.
قال في «المدونة»: «لا ينظر فيه إذا خاطه عند مالك إلى درهم ولا إلى نصف درهم، له أجرة مثله بالغاً ما بلغ».
وقال غيره: له أجر مثله، لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم. «المدونة الكبرى» (٣/ ٣٨٩ - ٣٩٠)، انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤٠٣).

وقال أبو حنيفة[١]: إن خاطه اليوم استحق درهماً، وإن خاطه غداً استحق أجرة المثل[٢].

وإن قال: «إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فنصف درهم»، فهو فاسد[٣] أيضاً[٤]، خلافاً لأبي حنيفة[٥]. والخياطة الرومية بغرزتين، والفارسية بغرزة.

وإذا شرط[٦] التأجيل في الأجرة فحل الأجل وقد تغير النقد، فالاعتبار بنقد يوم العقد[٧]. وفي الجعالة، الاعتبار بيوم اللفظ أو بوقت[٨] تمام العمل؟ حكى الإمام[٩] فيه وجهين، أصحهما: الأول.

ووجه الثاني: أن الاستحقاق يثبت[١٠] بتمام العمل.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وقال مالك وأبو حنيفة).

(٢) عند الحنفية: الشرط الأول صحيح والثاني فاسد، فلو خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله، لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٦)، «المبسوط» (١٥/ ١٠٠ - ١٠١).

(٣) «حلية العلماء» (٥/ ٤٣٩).

(٤) قوله: (أيضاً) زيادة في (ز).

(٥) هذا جائز عند الحنفية: لأنه خيره بين إيفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة. ولأن الأجر على أصلهم لا يجب إلا بالعمل، فحين يشرع في أحد العملين تعين أجره. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٥)، «المبسوط» (١٥/ ١٠٠)، «الاختيار» (٢/ ٥٧).

(٦) في (ي)، (ز): (شرطا).

(٧) في (ط الفكر): (بيوم العقد).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بيوم).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٨١-٨٢).

(١٠) في (ز): (إنما يثبت).

هذا إذا كانت الأجرة في الذمة. فإن كانت معينة، ملكت في الحال كالمبيع[١]، واعتبرت فيها[٢] الشرائط المعتبرة في البيع.

حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ لم يجز[٣]؛ لأنه لا يعرف حاله في[٤] الرقة والثخانة، وسائر الصفات قبل السلخ.

وهل تغني مشاهدتها عن معرفة القدر؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في رأس مال السلم[٥]؛ لأن الإجارة بعرض الفسخ[٦] والانفساخ[٧]، لتعذر استيفاء المنافع كالسلم لانقطاع المسلم فيه.

والثاني: القطع بالجواز[٨]؛ لأن المنافع ملحقة بالأعيان الموجودة لتعلقها بالعين الحاضرة[٩]، وكيف ما كان فالظاهر الجواز. هذا في إجارة العين.

---

(١) قوله: (كالمبيع) سقط من (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيه).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٩).

(٤) في (ي): (من).

(٥) أصحهما ـ وبه قال الـمُـزَنِّي ـ: أن المعاينة كافية. انظر ما سلف (٦/ ٤٢٢-٤٢٣).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تعرض للفسخ).

(٧) الفرق بين الفسخ والانفساخ:

أن الفسخ: رفع للعقد من قبل المتعاقدين أو أحدهما أو الحاكم ونحوه.

أما الانفساخ: ارتفاع العقد بين المتعاقدين، وقد يكون بفعلهما مباشرة، وقد لا يكون كذلك، كما لو تحالفا حين اختلافهما، ينفسخ العقد بنفس التحالف في وجه عند الشافعية.

قال الفيومي: فسختُ العود فسخاً أزلته عن موضعه بيدك، فانفسخ، وفسخت العقد فسخاً رفعته، وتفاسخ القوم توافقوا على فسخه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٧٢) (فسخت).

(٨) لأن إجارة العين كبيع العين، وفي بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافاً قولًا واحداً، فكذلك في الإجارة. «المهذب» (١٥/ ٣٣).

(٩) في (ي)، (ز): (بعين حاضرة).

النوع[١] الثاني: الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة ولا[٢] الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء، بل يجب التسليم في المجلس كرأس مال السلم؛ لأنه سلم في المنافع[٣].

وإن كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر، فهي على القولين في رأس مال السلم[٤]، ولا يجيء هاهنا الطريق الآخر.

هذا إذا تعاقدا بلفظ السلم، بأن قال: «أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملني إلى موضع كذا».

فإن تعاقدا بلفظ الإجارة، بأن قال: «استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا»، فوجهان، بنوهما على أن الاعتبار باللفظ أم بالمعنى؟ أصحهما ـ عند العراقيين والشيخ أبي علي ـ: أن الحكم كما لو تعاقدا بلفظ السلم؛ لأنه سلم في المعنى، وتابعهم صاحب «التهذيب»[٥] على اختيار هذا الوجه[٦]. لكنه لا يلائم مصيره[٧] في ما إذا أسلم بلفظ الشراء، إلى أن الأصح اعتبار اللفظ.

ولعلك تقول: حكيتم اختلاف الأصحاب في أن أصح الوجهين ماذا في

---

(١) في (ي): (الفرع).

(٢) قوله: (لا) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٣) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٠٣).

(٤) في (ي)، (ز): (رأس المال).
انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٤٠٢).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٣٠ - ٤٣١).

(٦) وبناء عليه، يجب قبض الأجرة في المجلس. وعلى الوجه الثاني وهو الاعتبار باللفظ: فلا يجب القبض في المجلس.

(٧) في (ي): (نظيره).

السلم بلفظ الشراء[(١)] [(٢)]، وكذلك في ما نحن فيه اختار مختارون اعتبار اللفظ. وفي ما إذا اشترى بلفظ السلم، ذكرتم أن أظهر القولين بطلان العقد، والأئمة كالمتفقين عليه، فهل من فارق؟

والجواب: أن المسائل التي بنوها على هذا الأصل كثيرة، لكنها متنوعة:

فمنها: أن يستعمل اللفظ في ما لا يوجد فيه تمام معناه، وإن كان بينهما بعض التشابه، كالشراء بلفظ السلم، فإن تمام معنى السلم لا يوجد في البيع؛ لأنه أخص منه.

ومنها: أن يكون آخر اللفظ رافعاً لأوله كقوله: «بعتك بلا ثمن»[(٣)].

ومنها: أن يكون المعنى[(٤)] الأصلي للفظ مشتركاً بين خاصين، يشتهر اللفظ في أحدهما ثم يستعمل في الثاني، كالسلم بلفظ الشراء، فإن المعنى الأصلي للشراء موجود بتمامه في السلم إلّا أنه اشتهر في شراء الأعيان، وكذلك السلم في المنافع بلفظ الاستئجار المشهور في إجارة العين.

فيشبه أن يقال: الصيغة مختلة[(٥)] في النوع الأول والثاني، ومنتظمة صحيحة الدلالة على المقصود في النوع الثالث، فيعتبر المعنى.

---

(١) أصح الوجهين هو: انعقاده، لأن كل سلم بيع، وإذا انعقد فالأصح أنه بيع. انظر ما سلف (٦/ ٤٢٦).

(٢) من قوله: (إلى أن الأصح) إلى هنا سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٣) في (ط العلمية): (لا بلا ثمن).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الشيء).

(٥) في (ط الفكر): (محيلة)، وفي (ط العلمية): (مختلفة).

ولا يخفى عليك بعد الشرح، أن مسائل الكتاب في الفصل[(١)] واقعة في النوع الأول من الإجارة.

ويجوز أن تكون الأجرة منفعة عين أخرى[(٢)]، اتفق الجنس كما إذا أجّر داراً بمنفعة دار أخرى، أو اختلف[(٣)] كما إذا أجرها بمنفعة عبد، خلافاً لأبي حنيفة[(٤)] في ما إذا اتفق الجنس؛ بناء على أن الجنس الواحد يحرم النَّساء، وفي الإجارة[(٥)] نَساء.

وعندنا: لا ربا في المنافع أصلاً، حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين يجوز، وكذلك لو أجّر حلياً ذهباً بذهب، ولا يشترط القبض في المجلس[(٦)].

قال:

(ولو استأجرَ السلّاخَ بالجلد، والطحّانَ بالنُّخالةِ أو بصاعٍ من الدقيق: فسد؛ لنهيِهِ عليه الصلاةُ والسّلام «عن قَفيزِ الطحّان»[(٧)]، ولأنه باعَ ما هو مُتَّصِلٌ بمِلكِه فهو كبيعِ نصفٍ مِن سَهْم. ولو شرط للمُرضِعةِ

(١) كذا في (ز)، (ط العلمية)، وفي (ي): (الشرح)، وفي (ط الفكر): (الصفة).

(٢) «لأن المنافع قد أقيمت في الشرع مقام الأعيان في جواز العقد عليها وأخذ العوض منها، ووجوب بدلها على متلفها، فجاز أن تكون ثمناً وأجرة، كما جاز أن تكون مستأجرة». «الحاوي» (٩/ ٢٠٧).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (اختلفت).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٤).

(٥) في (ي): (يجر الفساد في الإجارة).

(٦) انظر «التهذيب» (٤/ ٤٢٩).

(٧) أخرجه البيهقي، كتاب البيوع، باب النهي عن عسب الفحل (٥/ ٣٣٩). والدارقطني، كتاب البيوع (٣/ ٤٧) (١٩٥). قال ابن حجر: «وفي الإسناد هشام أبو كليب راويه عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد لا يعرف، قاله ابن القطان، والذهبي وزاد: وحديثه منكر. وقال مغلطاي: هو ثقة، فينظر فيمن وثّقه، ثم وجدته في ثقات ابن حبان». «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٠) (١٢٨٦).

جُزءاً مِن الـمُرتضِعِ الرقيقِ بعدَ الفِطام، ولقاطِفِ الثمارِ جُزءاً مِن الثمارِ الـمقطوفة؛ فهو أيـضاً فاسد. وإن شـرطَ جُزءاً من الرقيقِ في الـحال، أو مِن الثمارِ في الحال: فالقياسُ صحّتُه (و)، وظاهرُ كلام الأصحابِ دالٌّ على فَسادِه، حتى مَنعُوا استئجارَ الـمُرضِعةِ على رضيعٍ ـ لها ـ فيه شِرْك[1]؛ لأنّ عمَلَها لا يقعُ على خاصِّ[2] مِلكِ الـمُستأجِر).

لا يجوز أن تجعل الأجرة ما يحصل بعمل الأجير[3]، كما إذا استأجر السلّاخ ليسلخ[4] الشاة بجلدها، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها أو بصاع منه أو بالنخالة، أو المرضعة بجزء من الرقيق المرتضع بعد الفطام، أو قاطف الثمار بجزء من الثمار بعد القطاف، أو النسَّاج لينسج الثوب بنصفه، والمستحق للأجير في هذه الصور أجرة مثل عمله[5].

وهو موجه أولاً بالخبر؛ حيث روي «أنه ﷺ نهى عن قفيز الطحان»[6]، وتفسيره: استئجار الطحان ليطحن الحنطة بقفيز من دقيقها[7]. ثم وجه ثانياً[8] بثلاثة أوجه:

أحدها: أن المجعول أجرة متصل بغيره، (فهو كبيع نصف من سهم) أو

---

(١) في (ز): (شركة).

(٢) في (ز): (خالص).

(٣) «لأنه جعل المعقود عليه معقوداً به». «الحاوي» (٩/ ٢٧٥).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (السلخ).

(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٥٥).

(٦) سبق تخريجه (ص: ٤٨٧).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٥).

(٨) قوله: (وجه ثانياً) سقط من (ز).

نصل، وهذا قد ذكره في الكتاب[١]، وسمى جعله أجرة بيعاً حيث قال: (باع ما هو متصل بملكه)؛ لأنه في معناه. ولك أن تقول: هذا إن اشتهر[٢] في الجلد لا يستمر في الجزء المشاع، والحكم لا يختلف، فإن كنا نقنع بما لا يطرد في هذا القبيل، ففي المسائل ما لفساده[٣] مأخذ أظهر من هذا، كمسألة السلّاخ فإن الجلد قبل السلخ مجهول ولا يجوز جعله أجرة مطلقاً كما سبق، وكمسألة النخالة فإنها مجهولة المقدار.

وإذا شرط صاعاً من الدقيق، فإن كانت الجملة مجهولة، فهو كبيع صاع من صبرة مجهولة الصيعان، وقد مرّ.

وفي مسألة الرقيق الرضيع وقطاف الثمار شيء آخر، وهو أن الأجرة معينة وقد أجّلها بأجل مجهول، والأعيان[٤] لا تؤجّل بالآجال المعلومة، فكيف بالمجهولة؟

والثاني: أن عمله لا يقع للمستأجر في محل ملكه خاصة، بل لنفسه وللمستأجر[٥] في ملكيهما، والشرط في الإجارة وقوع العمل في خاص ملك المستأجر. وهذا قد ذكره صاحب الكتاب أيضاً في آخر الفصل، وسيأتي الإشكال عليه.

والثالث: أن الأجرة غير حاصلة في الحال على الهيئة المشروطة، وإنما تحصل بعمل الأجير من بعد، فهي إذاً غير مقدور عليها في الحال[٦].

---

(١) وكذا ذكره في «الوسيط» (٤/ ١٥٥).

(٢) في (ز): (استمر).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالفساد).

(٤) في (ي): (في الأعيان والأعيان).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٩).

(٦) قوله: (على الهيئة) سقط من (ز).

ولو استأجر المرضعة بجزء من الرقيق في الحال، أو قاطف الثمار بجزء منها على رؤوس الأشجار[١]: فحكاية الإمام وصاحب الكتاب عن الأصحاب المنع أيضاً؛ توجيهاً بأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر.

وأنهم خرّجوا على هذا: أنه لو كان الرضيع ملكاً لرجل وامرأة، فاستأجرها الرجل وهي مرضع لترضعه؛ إمّا بجزء من الرقيق أو غيره، لم يجز؛ لأن عملها لا يقع في خاص ملك المستأجر.

واعترضا عليه بأن القياس والحالة هذه الجواز، ولا يضر وقوع العمل في المحل المشترك، ألا ترى أن أحد الشريكين لو ساقى صاحبه، وشرط له زيادة في الثمار، يجوز وإن كان عمله يقع في المشترك؟[٢] وظاهر المذهب هذا الذي مالا إليه دون ما نقلاه.

قال في «التهذيب»[٣]: لو استأجر أحد الشريكين في الحنطة صاحبه[٤] ليطحنها، أو في الدابة ليتعهدها، بدراهم[٥] جاز.

ولو قال: «استأجرتك بربع هذه الحنطة» أو «بصاع منها؛ لتطحن الباقي»، فالجواب: في «التهذيب»[٦] و«التتمة»: الصحة. ثم يتقاسمان[٧] قبل الطحن،

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٩).

(٢) كذا ذكره في «الوسيط» (٤/ ١٥٥ - ١٥٦).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٤٢٩).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (صاحبها).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بدرهم).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٤٢٩).

(٧) في (ي): (يقتسمان).

فيأخذ الأجرة، ويطحن الباقي. قال في «التتمة»: وإن شاء طحن الكل، والدقيق مشترك بينهما.

ومن صور الفصل في[1] «الوسيط»[2]: ما إذا استأجر حمالًا ليحمل[3] الجيفة بجلدها. وتعليل الفساد فيها بأن جلد الجيفة لا يصلح[4] أجرة أوضح. لكن الصورة القريبة[5] منها: ما إذا استأجره لحمل شاة مذكاة[6] إلى موضع كذا بجلدها.

* * *

(١) قوله: (الفصل في) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) «الوسيط» (٤/ ١٥٥).

(٣) قوله: (ليحمل) زيادة في (ز)، وسقط من غيرها.

(٤) قوله: (لا يصلح) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) في (ز): (قريبة)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (الغريبة).

(٦) مذكاة: أي مذبوحة، من التذكية وهي الذبح، قال الراغب: حقيقة التذكية: إخراج الحرارة الغريزية، لكن خص في الشرع بإبطال الحياة على وجه دون وجه. انظر: «تاج العروس» فصل الذال، باب الواو والياء (١٠/ ١٣٧) (ذكا).

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الثالث: المنفعةُ، وشروطُها خمسة: أن تكونَ مُتقوِّمة، لا بانضمامِ عينٍ إليها، وأن تكونَ مقدوراً على تسليمِها، حاصلةً للمُستأجِر، معلومة.

أما التقوُّم: فقد[١] عنَينا به أنّ استئجارَ تُفاحةٍ للشَّمِّ وطعامٍ لتزيِين الحانوتِ لا يصحّ. وكذا (ح) استئجارُ[٢] الدراهم والدنانيرِ لتزيِين الحانوت، فإنه لا قيمةَ له[٣] على الأصحّ (و). وكذا استئجارُ الأشجارِ لتجفيفِ الثيابِ والوقوفِ في ظِلِّها. وكذا استئجارُ البيّاعِ على كلمةٍ تُروِّجُ لها السلعةُ ولا تعبَ فيها. وفي استئجارِ الكلبِ للحِراسةِ والصيدِ وجهان).

اعتبر في المنفعة المعقود عليها خمسة شروط:

أحدها: أن تكون متقوّمة؛ ليحسن بذل المال في مقابلتها، فإن لم يكن كذلك كان بذل المال لها[٤] سفها وتبذيراً، فمُنع منه كما منع من شراء ما لا ينتفع به. وفيه صور:

إحداها: ذكر أن استئجار[٥] تفاحة للشمِّ فاسد، وكأن المنع ناشئ من أن[٦] التفاحة الواحدة لا تقصد للشم، فيكون استئجارها كشراء الحبة الواحدة

(١) قوله: (فقد) زيادة في (ز).

(٢) قوله: (استئجار) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (لها).

(٤) قوله: (لها) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (كراء).

(٦) قوله: (أن) سقط من (ي).

من الحنطة والشعير، فإن كثر فالوجه الصحة، ولأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشمِّ، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين[(١)].

الثانية: في استئجار الدراهم والدنانير وجهان كما في إعارتها، والأصح: المنع[(٢)]، والإعارة أولى بالجواز؛ لأنها مكرمة لا معاوضة، ولذلك[(٣)] جوّز بعضهم الإعارة مع منع الإجارة.

وذكرنا هناك بحثاً في أن موضع الخلاف: إطلاق[(٤)] إعارة الدارهم، أو التعرض لغرض التزيين؟ بناء على الخلاف في[(٥)] صحة الإعارة[(٦)] من غير تعيين جهة[(٧)] المنفعة. وهاهنا لا تصح الإجارة عند الإطلاق بحال[(٨)]؛ لأن تعيين الجهة في الإجارة لا بد منه.

وعن أبي حنيفة[(٩)]: أنه إن عين جهة الانتفاع بها من تزيين الحوانيت[(١٠)] أو الوزن بها أو الضرب على طبعها، صحت الإجارة، وإلا كانت قرضاً.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٥).

(٢) كذا صححه البغوي، لأنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، «التهذيب» (٤/ ٤٢٠). وكذا صححه أبو إسحاق الشيرازي، «المهذب» (١٥/ ٤).

(٣) في (ي): (وكذلك).

(٤) قوله: (إطلاق) سقط من (ز).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في أن).

(٦) في (ز): (الإعارة)، وفي غيرها (الإجارة).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لجهة).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بمال).

(٩) انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٥).

(١٠) في (ي)، (ز): (الحانوت).

وأما استئجار الأطعمة لتزيين الحوانيت بها: فكلام المصنف هاهنا وفي «الوسيط»[١] يقتضي القطع بمنعه[٢]، وكذلك ذكره القاضي حسين. وعن الإمام[٣] وغيره: أنه على الوجهين. فيجوز إعلام قوله: (أو طعام لتزيين الحوانيت)، بالواو.

والوجهان جاريان في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها[٤] والوقوف في ظلها وربط الدواب بها[٥]؛ لأن الاستئجار لا يقصد لهذه الأغراض[٦].

وذهب بعضهم إلى أن الأصح: الصحة هاهنا، على خلاف الأصح في مسألة الدراهم والدنانير[٧]؛ لأنها منافع مهمة، ومنفعة التزيين ضعيفة.

وأجرى في «التهذيب»[٨] الوجهين في استئجار الببغاء للاستئناس، وبالجواز أجاب أبو سعيد المتولي، وكذلك في كل ما يستأنس بلونه كالطاووس، أو بصوته كالعندليب.

الثالثة: استئجار البياع على كلمة البيع أو كلمة تروّج بها السلعة ولا تعب فيها، فاسد[٩]؛ لأنه لا قيمة لها، ولم يجعلوا هذا من صور الوجهين.

---

(١) «الوسيط» (٤/ ١٥٧).

(٢) وكذا قطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٢٠).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٧٠).

(٤) قوله: (عليها) زيادة في (ز).

(٥) «وأصحهما: أنه لا يجوز». «حلية العلماء» (٥/ ٣٨٥ - ٣٨٦).

(٦) فكان بذل العوض فيه تبذيراً وسفهاً. «التهذيب» (٤/ ٤٢٥). انظر: «المهذب» (١٥/ ٤).

(٧) قوله: (والدنانير) سقط من (ي)، (ز).

(٨) «التهذيب» (٤/ ٤٢٥).

(٩) «الوسيط» (٤/ ١٥٧).

لكن المحكي عن الإمام محمّد بن يحيى: أن ذلك في المبيع المستقرّ[١] قيمته في البلد كالخبز واللحم، أما الثياب والعبيد وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين، فيختص بيعها من البياع بمزيد منفعة وفائدة، فيجوز الاستئجار عليه[٢].

فإذا لم يجز الاستئجار ولم يلحق البياع تعب فلا شيء له، وإن تعب بكثرة التردد وكثرة[٣] الكلام في تأليف أمر[٤] المعاملة، فله أجرة المثل لا ما تواطأ عليه البياعون.

الرابعة: في استئجار الكلب المعلم للحراسة والصيد وجهان:

أحدهما: الجواز، كاستئجار الفهد والبازي والشبكة للاصطياد، والهرة لدفع الفأرة.

وأصحهما: المنع[٥]؛ لأن اقتناءه ممنوع إلا لحاجة، وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه. وأيضاً: فإنه لا قيمة لعينه، فكذلك لمنفعته.

قال:

(أما الـمُتقـوِّمُ دونَ العَيـن: معناه: أنّ استئـجارَ الكَـرْمِ والبُـستانِ لثمـارِهما[٦]، والشـاةِ لِنتاجِها ولَبنِها وصُوفِها: باطل؛ فإنه بيعُ عَـيـنٍ قبلَ الوجود. واستئجارُ الشاةِ لإرضاع السَّخْلةِ: باطل. واستئجارُ القَناةِ للزراعةِ

---

(١) في (ي): (المستيقن).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وعليه).

(٣) قوله: (كثرة) سقط من (ز).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أصل).

(٥) «المهذب» (٣/ ١٥)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٨٤).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لثمارها).

بمائها: الأصحُّ تجويزُه للحاجة، ولا وجهَ له في القياسِ إلا على قولِ مَن لا يرى الماءَ مملوكاً، فتكونُ القَناةُ كالشبكةِ والماءُ كالصَّيد[١].

واستئجارُ المرأةِ للإرضاعِ مع الحضانةِ جائز، ودونَ الحضانةِ خلاف، والأَولى الجواز؛ للحاجة. واستئجارُ الفَحْلِ للضِّرابِ فيه خلاف، والأَولى المنع؛ لأنّه لا يوافقُ بتسليمِه على وجهٍ ينفع).

ترجم هذا الشرط هاهنا[٢] وفي الفصل السابق، بكون المنفعة متقوّمة بنفسها لا بعين تنضم إليها[٣]، كأنه قدّر انقسام المنفعة إلى متقوّمة بنفسها، ومتقوّمة بعين تنضم إليها.

ولمانع أن يمنع ذلك ويقول: إنّ[٤] العين المنضمة إلى المنفعة هي المتقوّمة، والمنفعة لا تستفيد من العين تقوّماً. وقال في «الوسيط»[٥] معبراً عن هذا الشرط: «أن[٦] لا يتضمن استيفاء عين قصداً»، وهذا أليق بمسائل الفصل، وجملته[٧] أن الإجارة عقد يُبتغى به المنافع دون الأعيان، هذا هو الأصل، إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعة لضرورة أو حاجة حاقة، فتلحق تلك الأعيان حينئذ بالمنافع، وفيه مسائل:

---

(١) من قوله: (واستئجار القناة) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) في (ز): (الفصل هاهنا)، وفي (ط الفكر): (ترجمة هل الشرط هاهنا)، وفي (ط العلمية): (ترجمة هذا الفصل هاهنا).

(٣) في (ز): (بانضمام عين إليها)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (بعين تضم إليها).

(٤) قوله: (إن) سقط من (ي)، (ز).

(٥) «الوسيط» (٤/ ١٥٧).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أنه).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وعلته).

إحداها: استئجار الكروم والبساتين[١] لثمارها، والشاة لنتاجها أو صوفها أو لبنها، باطل؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة، وهذا في الحقيقة بيع لأعيانٍ معدومة[٢] ومجهولة[٣].

الثانية: الاستئجار لإرضاع الطفل جائز[٤]، ويستحق به منفعة وعين، فالمنفعة: أن تضع الصبي في حجرها، وتلقمه الثدي، وتعصره عند الحاجة. والعين: اللبن الذي يمتصه الصبي، وإنما جوزناه وأثبتنا به استحقاق اللبن؛ لأنا لو منعناه لاحتاج إلى شراء اللبن المحلوب[٥] كل دفعة[٦]، وفيه من المشقة ما يعظم. ثم الشراء إنما يمكن بعد الحلب، والتربية لا تتم باللبن المحلوب[٧].

ثم الأصل الذي يتناوله العقد ماذا؟ فيه وجهان:

أحدهما: اللبن، وفعلها تابع؛ لأن اللبن مقصود لعينه، وفعلها مقصود لإيصال اللبن المقصود إلى الصبي.

وأصحهما[٨]: أن الأصل المتناول بالعقد فعلها، واللبن مستحق تبعاً؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، علق[٩] الأجرة بفعل الإرضاع

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (والبستان).

(٢) في (ز): (أعيان معلومة).

(٣) قال في «الوسيط»: «لأنها أعيان بيعت قبل الوجود». (٤/ ١٥٨).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥١)، «التهذيب» (٤/ ٤٤١).

(٥) قوله: (المحلوب) زيادة في (ي).

(٦) كذا في (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (دقيقة).

(٧) في (ط الفكر): (المحض).

(٨) وقطع به في «الوسيط»، وقال: «وهو كالماء في إجارة الأرض» (٤/ ١٥٨).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (علل).

لا باللبن. وأيضاً: فإن الإجارة موضوعة لاستحقاق المنافع، فإن استُحق بها[١] عين لضرورة[٢] تدعو إليه فهي تابعة، كالبئر تستأجر ليستقى ماؤها[٣]، والدار تستأجر وفيها بئر ماء[٤] يجوز الاستسقاء منها[٥].

ثم إن استأجرها للحضانة مع الإرضاع جاز، وإن استأجرها للإرضاع ونفى الحضانة[٦] فوجهان[٧]:

أحدهما: لا يجوز، كما لا يجوز[٨] استئجار الشاة لإرضاع السخلة.

وأصحهما ـ الذي أورده الأكثرون ـ: أنه يجوز، كما يجوز أن تستأجر لمجرد الحضانة.

قال الإمام[٩]: وهذا الخلاف في ما إذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي[١٠] وقطع عنه وضعه في الحجر ونحوه، فأما الحضانة بالتفسير[١١] الذي نذكره من بعد، فلا خلاف في جواز قطعه عن الإرضاع.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيها).
(٢) في (ط الفكر): (الضرورة).
(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يسقي مائها).
(٤) قوله: (ماء) زيادة في (ي)، (ز).
(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٥).
(٦) من قوله: (مع الإرضاع) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).
(٧) أطلقهما في «الوسيط» (٤/ ١٥٨).
(٨) قوله: (كما لا يجوز) سقط من (ي)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (لأنه لا يجوز).
(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٧٦-٧٧).
(١٠) قوله: (إلى الصبي) سقط من (ي)، (ط الفكر).
(١١) في (ي)، (ط الفكر): (بالمعنى).

الثالثة: استئجار الفحل للضراب، حكمه ما ذكرناه في الباب الثالث من كتاب[١] البيع[٢].

وقوله: (لأنّه لا يوثق[٣] بتسليمه على وجه ينفع)، أراد به أنه أمر لا يتعلق باختيار الحيوان. ثم بتقدير أن ينزو، فربما لا ينزل، فإن أنزل فربما لا يحصل منه الولد، وهو المقصود. لكن المعتبر: القدرة على تسليم المنفعة المعقود عليها. فأما وقوعه نافعاً، ووسيلة[٤] إلى الغاية المقصودة، فغير معتبر بالاتفاق.

ومما يناسب مسائل الفصل: استئجار القنوات، وله ذكر في بعض نسخ الكتاب قُبيل المسألة الثالثة بهذه العبارة: (واستئجار القناة للزراعة بمائها: الأصح[٥] تجويزه للحاجة، ولا وجه له في القياس إلا على قول من لا يرى الماء مملوكاً، فتكون القناة كالشبكة، والماء كالصيد[٦]).

وغالب الظن أولاً: أن المسألة ليست من متن الكتاب، فليست هي ثابتة في «الوسيط». ثم حكمها ـ تفريعاً على أن الماء ليس بمملوك ـ بيّنٌ، كما ذكره. وعلى قولنا: إنه مملوك، فالمنافع آبار الماء. وقد جوّزنا استئجار بئر الماء للاستقاء والتي بعدها مستأجرة لإجراء الماء فيها. وقال القاضي الروياني في «الحلية»: إذا اكترى

---

(١) قوله: (كتاب) سقط من (ز).

(٢) فيه وجهان، أصحهما: المنع، لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك، بل يتعلق باختيار الفحل. والثاني ـ وهو قول ابن أبي هريرة ـ: أنه يجوز كالاستئجار لتلقيح النخل. انظر ما سلف (٦/ ٦-٧)، و«المهذب» (١٥/ ٣ - ٤).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يوافق).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (نافعاً مر وسبيله).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (الأصلح).

(٦) يجوز استئجار الشبكة للاصطياد. «التهذيب» (٤/ ٤٢٥)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٨٦).

قرار القناة ليكون أحق بمائها: جاز في قول بعض أصحابنا وهو الاختيار، والمشهور منعه. ولفظه في تصوير المسألة يشبه أن يكون مبنياً على أن الماء لا يملك.

قال:

(أما القُدرةُ على التسليم: نعني به أنّ استئجارَ الأخرَسِ للتعليم، والأعمى للحِفظِ باطل؛ لأنّ المقصودَ غيرُ ممكن[1]. ولو استأجرَ قطعةَ أرضٍ لا ماءَ لها للزراعةِ فهو باطل. وإن استأجرَ للسُّكْنى فجائز.

فإن أطلقَ وكانَ في مَحلٍّ يَتوقَّعُ الزراعةَ[2] كان كالتصريح بالزراعة. وإن كانَ الماءُ مُتوقَّعاً ولكن على النُّدورِ ففاسدٌ بناءً على الحال. وإن كان يعلمُ وجودَ الماءِ فصحيح. وإن كان يغلِبُ وجودُ الماءِ بالأمطارِ فالنصّ: أنه فاسد؛ نظراً إلى العَجْزِ في الحال. وقيل: إنه صحيح؛ إذ انقطاعُ الشُّربِ العِدِّ[3] والماءِ الجاري أيضاً ممكن.

وإن استأجَرَ أرضاً والماءُ مُستَوٍ عليها في الحالِ ولا يُعلَمُ انحسارُه فهو باطل. وإن عُلِمَ انحسارُه فهو صحيحٌ (و) إنْ تَقدَّمَتْ رؤيةُ الأرض، أو كان الماءُ صافياً لا يمنعُ رؤيةَ الأرض).

---

(١) قوله: (لأن المقصود غير ممكن) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (للزراعة).

(٣) العِد ـ بالكسر ـ: الماء الجاري الدائم الذي له مادة لا تنقطع كماء العين. وقيل: ماء الأرض الغزير. وقيل: الماء القديم الذي لا ينتزح. وقيل: العد ما نبع من الأرض، والكرع ما نزل من السماء. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٣٩٥ - ٣٩٦) (عددته)، «تاج العروس» فصل العين، باب الدال (٢/ ٤١٦) (عدد).

الشرط الثالث للمنفعة: أن تكون مقدوراً على تسليمها، فلا يجوز استئجار الآبق والمغصوب كبيعهما، ولا استئجار الأخرس للتعليم والأعمى لحفظ المتاع، وكذا استئجار من لا يحسن القرآن لتعليمه[1].

قال في «الوسيط»[2]: فإن وسّع عليه وقتاً يقدر على التعلم قبل التعليم، ففيه وجهان، والأصح: المنع[3]؛ لأن المنفعة مستحقة من[4] عينه، والعين لا تقبل شرط التأجيل والتأخير.

وإن استأجر أرضاً للزراعة، وجب أن تكون الزراعة فيها متيسرة.

والأراضي أنواع:

منها: أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها.

ومنها: أرض لا ماء لها ولكن[5] يكفيها المطر المعتاد والنداوة التي تصيبها من الثلوج المعتادة كبعض أراضي الجبال، أو لا يكفيها ذلك ولكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل والغالب فيها الحصول.

ومنها: أرض لا ماء لها، ولا تكفيها الأمطار المعتادة، ولا تسقى بماء غالب الحصول من الجبل، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل نادر أمكن أن تزرع.

فالنوع الأول يجوز استئجاره. والثالث لا يجوز؛ لأنها منفعة غير مقدور عليها، وإمكان الحصول غير كافٍ كإمكان عَود الآبق وردّ المغصوب[6].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ليعلمه).

(٢) «الوسيط» (٤/ ١٥٩).

(٣) «لأن العجز محقق، والتعلم قد لا يتفق». «الوسيط» (٤/ ١٥٩).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في).

(٥) قوله: (لكن) سقط من (ز).

(٦) من ذلك أرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة، إن اكتراها قبل أن يزيد النهر لم يصح، لأنه لا =

وفي النوع الثاني وجهان:

أحدهما ـ وبه قال القفال ـ: أنه لا يجوز استئجاره؛ لأن السقي معجوز عنه في الحال، والماء المتوقع لا يعرف حصوله، وبتقدير حصوله لا يعرف أنه هل يحصل في الوقت الذي تمكن الزراعة فيه؟[1].

والثاني: أنه يجوز، ويحكى عن القاضي الحسين؛ لأن الظاهر حصول المقصود، والتمكن الظاهر كاف، ألا ترى أن انقطاع ماء النهر والعين ممكن أيضاً، لكن لما كان الظاهر فيه الحصول كفى لصحة العقد. وهذا أقوى الوجهين، وبه أجاب القاضي ابن كج وصاحب «المهذب»[2] وغيرهما.

وإنما أضاف صاحب الكتاب الأول إلى النصّ؛ لأنه قال في «المختصر»[3]: «وأن يكاري الأرض التي لا ماء لها، وإنما تسقى بنُطَف[4] من السماء أو بسيل إن جاء فلا يصح»[5]. وظاهره يشمل النوع الثاني والثالث لأن كلاًّ منهما[6] يسقى بماء

= يمكن استيفاء المعقود عليه فهو كبيع الطير في الهواء. انظر: «المهذب» (١٥/٨).

(١) ذكر الماوردي: أن هذا الحكم في ما لو اشترط أن للأرض ماء، فإن اشترط أن لا ماء لها، فالإجارة صحيحة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٩٩).

(٢) «المهذب» (١٥/٨).

(٣) «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٨).

(٤) نُطَف: جمع نطفة، يقال: نَطَف الماء ينطُف إذا سال. ونطفت القربة نَطَفَاناً إذا قَطَرت من وَهْيٍ أو سَرْب أو سُخْف. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦١١) (نَطَف).

(٥) العبارة بتمامها في «مختصر المُـزَنيّ» (١/ ١٢٩) (دار المعرفة، بيروت، سنة ١٣٩٣هـ): «وإذا تكارى الأرض التي لا ماء لها إنما يسقى بنطف سماء أو بسيل إن جاء، فلا يصح كراؤها إلا على أن يكريه إياها أرضاً بيضاء لا ماء لها، يصنع بها المستكري ما شاء في سنته إلا أنه لا يبني ولا يغرس، فإذا وقع على هذا صح الكراء ولزمه...».(م ع).

(٦) في (ط العلمية): (كليهما).

السماء، لكن من قال بالوجه الثاني حمل النص على النوع[1] الثالث[2]، وقد يشعر به قوله: «أو بسيل إن جاء».

والنطف: القطر، يقال: نطف ينطف نطفاً، وكل قاطر ناطف.

ومنها: أرض على شط النيل أو الفرات أو غيرهما، يعلو الماء عليها ثم ينحسر، ويكفي ذلك لزراعتها السنة؛ فإذا استأجرها للزراعة[3]، بعد ما علاها الماء وانحسر، صح. وإن كان قبل أن يعلو الماء عليها؛ فإن لم يوثق به كالنيل لا ينضبط أمره، لا يصح[4]. وإن كان الغالب حصوله، فليكن على الخلاف في استئجار النوع الثاني من الأراضي. وإن كان موثوقاً به كالمدّ[5] بالبصرة، صح كماء النهر[6]. وإن كان يتردد في وصول المد إلى تلك الأراضي، فهي كأرض[7] ليست لها ماء معلوم.

وإن كان قد علاها الماء ولم ينحسر: فإن كان لا يرجى انحساره، لم يجز استئجارها، وكذا لو كان يتردد فيه؛ لأن العجز يقين وزواله مشكوك فيه. وإن كان يرجى انحساره وقت الزراعة بالعادة، فالنص صحته[8]. قال الأصحاب: وفيه وجهان من الإشكال:

---

(١) في (ز): (القول).

(٢) من قوله: (لأن كلًّا منهما) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٣) قوله: (للزراعة) سقط من (ز).

(٤) تقدمت الإشارة إلى ذلك في النوع الثالث. انظر أيضاً: «الحاوي» (٩/ ٣٠٠).

(٥) المد: يقال مد البحر مداً إذا زاد. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٦٦) (المداد).

(٦) «لأنه معتاد لا يتغير المد عن وقته ولا الجزر عن وقته». «الحاوي» (٩/ ٣٠٠).

(٧) في (ط العلمية): (كأرض من الأراضي).

(٨) قال الشافعي: «وإذا تكاراها والماء قائم عليها وقد ينحسر لا محالة في وقت يمكن فيه الزرع، فالكراء جائز». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٨). وهذا قول أبي إسحاق المروزي.
وحكى ابن أبي هريرة عن بعض المتقدمين: أن الإجارة باطلة، لأن زرعها في الحال غير ممكن، وارتقاء الماء عليها يقين. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠١)، «المهذب» (١٥/ ٨).

أحدهما: أن شرط الإجارة التمكن من الانتفاع عقب العقد، والماء مانع منه.

والثاني: أنه يمنع رؤية الأرض، فيكون إجارة الغائب.

وأجيب عن الأول بوجهين:

أحدهما: أن موضع النص ما إذا كان الاستئجار لزراعة ما تمكن زراعته في الماء كالأرز، فإن كان غير ذلك لم يصح الاستئجار. حكاه الشيخ أبو حامد عن بعضهم.

وأصحهما: أنه لا فرق بين مزروع ومزروع، ولكن الماء فيها من مصالح العمارة والزراعة فكان إبقاؤه فيها ضرباً من العمارة. وأيضاً: فإن صرف الماء بفتح موضع ينصب إليه أو حفر بئر ممكن في الحال، وحينئذ يكون متمكناً من الاشتغال[١] بالعمارة بهذه الوسائط[٢]، فأشبه ما إذا استأجر داراً مشحونة بأمتعة يمكن الاشتغال[٣] بنقلها في الحال فإنه يجوز.

إلا أن الشيخ أبا محمد حكى وجهاً في منع إجارة الدار المشحونة بالأمتعة بخلاف بيعها. والأظهر الأول.

وأما الثاني: فمنهم من قال: التصوير في ما إذا كان قد رأى الأرض قبل حصول الماء فيها، أو كان الماء صافياً لا يمنع رؤية وجه[٤] الأرض، وإن لم يكن كذلك فعلى قولي شراء الغائب[٥].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الاستعمال).

(٢) في (ي)، (ز): (الواسطة).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (الاستعمال).

(٤) قوله: (وجه) سقط من (ط الفكر).

(٥) بيع الغائب على قولين: أحدهما يصح. والآخر: لا يصح، وهو اختيار الـمُـزَنيّ، لأنه بيع غرر. انظر ما سلف (٥/ ٤١١).

ومنهم من قطع بالصحة: أما عند حصول الرؤية فظاهر، وأما إذا لم تحصل؛ فلأنه من مصلحة الزراعة[١] من حيث إنه يقوي الأرض ويقطع العروق المنتشرة فيها، فأشبه استتار لبّ الجوز واللوز بقشرهما.

والظاهر: الصحة سواء أجرينا القولين أم لا.

وإن كانت الأرض على شط نهر، الظاهر منها أنها تغرق[٢] وتنهار في الماء، لم يجز استئجارها[٣]. وإن احتمل ولم يظهر، جاز؛ لأن الأصل والغالب دوام السلامة. ويجوز أن تخرّج حالة الظهور، على تقابل[٤] الأصل والظاهر.

إذا عرفت حكم الأنواع، فكل أرض لها ماء معلوم واستأجرها للزراعة مع شربها منه فذاك. وإن استأجرها للزراعة دون شربها، جاز إن تيسر سقيها من ماء آخر، وإن أطلق دخل فيه الشرب. بخلاف ما إذا باعها، لا يدخل الشرب فيه؛ لأن المنفعة هاهنا لا تحصل دونه.

وهذا إذا اطردت العادة بالإجارة[٥] مع الشرب، فإن اضطربت فسيأتي الحكم في الباب الثاني.

وكل أرض منعنا استئجارها للزراعة: فإن اكتراها لينزل فيها أو يسكنها

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: (المزارعة).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تفرق).

(٣) ذكر البغوي: أنه لا يجوز إجارتها في وقت زيادة الماء، وبعد النقصان يجوز. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٢)، وكذا في «المهذب» (١٥/ ٨).

(٤) كذا في (ز)، وهو الموافق لما في «روضة الطالبين» (٥/ ١٨١) وفي غيرها من النسخ: «على مقابل» (م ع).

(٥) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (للإجارة).

أو يجمع الحطب فيها أو يربط الدواب، جاز. وإن اكتراها مطلقاً، نظر: إن قال: «أكريتك[١] هذه الأرض البيضاء، ولا ماء لها» جاز؛ لأنه يُعرف بنفي الماء أن الاستئجار لغير[٢] منفعة الزراعة.

ثم لو حمل ماءً من موضعٍ وزرعها، أو زرع على توقع حصول ماء، لم يُمنع منه.

وليس له البناء والغراس فيها، نصّ عليه[٣]، ووجهوه بأن تقدير المدة يقتضي ظاهره التفريغ عند انقضائها، والغراس والبناء للتأبيد. بخلاف ما لو استأجر للبناء والغراس؛ فإن التصريح بهما[٤] صرف اللفظ عن ظاهره.

وإن لم يقل عند الإجارة: «ولا ماء لها»: فإن كانت الأرض بحيث يطمع في سوق الماء إليها، لم يصح العقد؛ لأن الغالب في مثلها الاستئجار للزراعة، فكأنه[٥] ذكرها. وإن كانت على قلة[٦] جبل لا يطمع في سوق الماء إليها، فوجهان عن رواية أبي إسحاق[٧]، أظهرها: الصحة، وتكفي هذه القرينة صارفة.

فإذا اعتبرنا نفي الماء، ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي وجهان، أشبههما: المنع؛ لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة، فلا بد من

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (اكتريت).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بغير).

(٣) قال الشافعي: «وإذا تكارى الأرض التي لا ماء لها، إنما يسقى بنطف سماء أو بسيل إن جاء، فلا يصح كراؤها إلا على أن يكريه إياها أرضاً بيضاء لا ماء لها، يصنع بها المستكري ما شاء في سنته، إلا أنه لا يبني ولا يغرس، فإذا وقع على هذا، صح الكراء ولزمه». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٨).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بها).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فكان).

(٦) قُلَّة الجبل: هي أعلاه، والجمع قُلَل وقِلَال، وقُلَّة كل شيء أعلاه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥١٥) (قلّ).

(٧) «الحاوي» (٩/ ٢٩٩).

الصرف باللفظ، ألا ترى أنه لما كانت العادة في الثمار الإبقاء وأردنا خلافه، اعتبرنا التصريح بشرط[١] القطع؟

واعلم أن في المسألة، تصريحاً بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة، وسيأتي الكلام فيه.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: (فإن أطلق[٢] وكان في محلٍ يتوقع الزراعة كان كالتصريح بالزراعة)، جواب على أحد الوجهين.

فأما على رأي من[٣] لا يفرق، ويقول: سواء كانت الزراعة متوقعة أو لم تكن، فالإطلاق كالتصريح بالزراعة، فيجوز أن يعلم بالواو، وقوله: (وكان في محلٍ تتوقع الزراعة).

والعد: الماء الدائم الذي لا انقطاع له[٤].

وقوله: (فإن علم انحساره فهو صحيح)، يمكن إعلامه بالواو؛ للوجه الذي رواه الشيخ أبو حامد في الفرق بين الأرز وغيره.

وقوله: (إن تقدمت رؤية الأرض، أو كان الماء صافياً لا يمنع رؤية الأرض)، تمامه[٥]: وإلا فهو على الخلاف في شراء الغائب.

---

(١) في (ط العلمية): (شرط).

(٢) قوله: (أطلق) سقط من (ط الفكر).

(٣) قوله: (من) سقط من (ز).

(٤) من قوله: (وقوله وكان) إلى هنا سقط من (ز).

(٥) قوله: (تمامه) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

والمقصود: تمام عبارته تلك أن يقول: وإلا فهو على الخلاف في شراء الغائب.

قال:

(وإجارةُ الدار للسنةِ القابلةِ فاسدة (ح)؛ إذ لا تَسلُّط عليه[١] عقيبَ العقدِ مع اعتمادِ العَقدِ العَين).

عرفت انقسام الإجارة إلى: واردة على العين، وواردة على الذمة.

أما إجارة العين، فلا يجوز إيرادها على المستقبل كإجارة[٢] الدار للسنة القابلة والشهر الآتي. وكذا إذا قال: «آجَرتك سنة مبتدأة من الغد» أو «من الشهر الآتي»، أو «آجَرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً»[٣].

وقال أبو حنيفة[٤] وأحمد[٥]: يجوز ذلك.

لنا: القياس على البيع، فإنه لو باع على «أن يسلم بعد شهر فإنه باطل».

ولو قال: «آجَرتك سنة، فإذا انقضت السنة فقد آجَرتك سنة أخرى»، فالعقد الثاني باطل على الصحيح، كما لو قال: «إذا جاء رأس الشهر فقد آجَرتك مدة كذا».

فأما الإجارة الواردة على الذمة، فيحتمل فيها التأجيل والتأخير، كما إذا قال:

---

(١) قوله: (عليه) سقط من (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كايجار).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٢)، «الحاوي» (٩/ ٣٤٣).

(٤) قال أبو جعفر: «لا تقع الإجارات إلا على وقت مستقبل، فلا فرق بين أن يكون ابتداء المدة من حين العقد أو يتراخى عنه، وقد جرت عادة الناس بالاستئجار للحج قبل الخروج، لا يمنع منه أحد». «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٢٨). انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨١).

(٥) «الكافي» (٢/ ٣١٠)، «الإنصاف» (٦/ ٤١).

«ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً» أو «غرة[١] شهر كذا»، كما لو أسلم في شيء مؤجلاً[٢]. وإن أطلق كان حالًا[٣].

وإن آجَر داره سنة من زيد، ثم آجَرها من غيره السنة الثانية قبل انقضاء الأولى، لم يجز[٤]. فإن آجَرها من زيد نفسه، فوجهان ويقال قولان[٥]:

أحدهما: المنع؛ لأنه إجارة سنة قابلة، كما لو آجَر من غيره أو منه مدة لا تتصل بآخر المدة الأولى.

والثاني ـ وهو المنسوب إلى نصّه ـ: أنه يجوز؛ لاتصال المدتين، كما لو آجَر منه السنتين في عقد واحد[٦]. وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»[٧] وغيره.

ورجح في «الوسيط»[٨] الوجه[٩] الأول؛ محتجاً بأن العقد الأول قد ينفسخ فلا يتحقق شرط[١٠] العقد الثاني، وهو الاتصال بالأول. ولمن نصر الوجه الثاني أن يقول: الشرط[١١] رعاية الاتصال ظاهراً، وذلك لا يقدح فيه الانفساخ العارض.

---

(١) غرة شهر: أي أوله، والجمع غُرَر. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٤٤) (الغِرَّة).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٤٣).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٢).

(٤) لأن يد المستأجر الأول حائلة تمنع يد المستأجر الثاني. ولأن المعقود عليه إذا كان معيناً وكان قبضه متأخراً بطل العقد عليه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٩).

(٥) أطلقها القفال الشاشي. «حلية العلماء» (٥/ ٤٠٠).

(٦) و«لأن اليد له، وليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره». «الحاوي» (٩/ ٢٢٩).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٤٣٢).

(٨) «الوسيط» (٤/ ١٦٢).

(٩) قوله: (الوجه) سقط من (ز).

(١٠) قوله: (شرط) سقط من (ز).

(١١) قوله: (الشرط) زيادة في (ي)، (ز)، (ط العلمية)، وسقط من (ط الفكر).

ولو آجَرها من زيد سنة[١]، وأجّرها زيد من عمرو، ثم آجَرها المالك من عمرو السنة الثانية قبل انقضاء المدة[٢] الأولى، ففيه الخلاف، ولا يجوز أن يؤجرها من زيد[٣]. هكذا ذكره[٤] في «التهذيب»[٥]. وفي «فتاوى القفال»: أنه يجوز أن يؤجرها من زيد[٦]، ولا يجوز أن يؤجرها من عمرو؛ لأن زيداً هو الذي عاقده، فيضم إلى ما استحق بالعقد الأول السنة الثانية.

قال:

(ولو آجَرَ[٧] سنةً ثم أجَّرَ مِن نفسِ المستأجرِ السَّنةَ الثانيةَ فوجهان.

ولو قال: «استأجَرْتُ هذه الدابّــةَ لأركبَها نصفَ الطريق، وأترك النصفَ إليك» قال الـمُـزَنيّ: هو إجارةٌ للزمانِ[٨] القابل؛ إذ لا يتَعيَّنَّ له النصفُ الأوَّل. وقالَ غيرُه: يصحّ، وإنما التَّقطُّعُ بحُكم الـمُهايأة، فهو كاستئجارِ نصفِ الدابّةِ ونصفِ الدارِ وهو صحيح (ح)[٩]).

ولو آجَر داره[١٠] سنة وباعها في المدة، وجوزناه، لم يكن للمشتري أن يؤجرها السنة الثانية من المكتري؛ لأنه لم تكن بينهما معاقدة.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لسنة).

(٢) قوله: (المدة) سقط من (ي)، (ز).

(٣) في (ط العلمية): (عمرو).

(٤) قوله: (ذكره) سقط من (ط العلمية).

(٥) وقطع به، لأنها ليست في إجارته. «التهذيب» (٤/ ٤٣٣).

(٦) من قوله: (هكذا ذكره إلى هنا سقط) من (ط الفكر).

(٧) قوله: (آجَر) سقط من (ط العلمية).

(٨) في (ز): (إلى الزمان).

(٩) هذه القطعة من نصّ «الوجيز» مذكورة تابعة للنصّ السابق من «الوجيز» في (ز).

(١٠) قوله: (داره) سقط من (ط الفكر).

وتُرَدِّدَ في[1] أن الوارث هل يتمكن منه إذا مات المكري في المدة؛ لأن الوارث نائبه.

ولا يجوز أن يؤجر الدار والحانوت شهراً على «أن ينتفع بها الأيام دون الليالي»؛ لأن زمان الانتفاع لا يتصل بعضه ببعض، فيكون إجارة للزمان[2] المستقبل. وفي مثله في العبد والبهيمية يجوز[3]؛ لأنهما لا يطيقان العمل الدائم. ويَرْفُهان[4] بالليل[5] على العادة، وإن أطلق الإجارة[6].

ولو آجَر دابته إلى موضع[7] ليركبها المكري زماناً ثم المكتري زماناً، لم يجز؛ لتأخر حق المكتري، وتعلق الإجارة بالزمان المستقبل. وإن آجَرها منه ليركب المكتري بعض الطريق، وينزل ويمشي في البعض، أو آجَر[8] من اثنين ليركب هذا زماناً وهذا مثله، ففيه أوجه:

---

(١) في (ط الفكر): (ويرد نحوه).

(٢) في (ز): (الزمان).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٩ - ٢٤٠).

وذكر الشيرازي: أنه لو كانت العادة في الطريق السير في أحد الزمانين، فعل ذلك، لأنه متعارف، وإن كانت العادة النزول للرواح، ففيه وجهان. انظر: «المهذب» (١٥/ ٤٩).

وذكر البغوي: أنه إذا استأجر عبداً للخدمة، عين وقت الخدمة من الليل والنهار، وإلا لزمه على ما جرت به العادة. «التهذيب» (٤/ ٤٦٤).

(٤) يرفهان: رفُه العين بالضم رفاهة ورفاهية، أي اتسع ولان. ورفّه نفسه ترفيهاً أي أراحها. ورفهنا رفْهاً ورُفُوهاً، أي أصبنا نعمة وسعة من الرزق. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٣٤) (رَفُه).

(٥) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (الليل).

(٦) ذكر الماوردي أنه لو كان سير الناس مختلفاً، بطلت الإجارة مع إطلاق السير. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٩).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لموضع).

(٨) قوله: (آجَر) سقط من (ي)، (ز)، وفي (ط الفكر): (أمر).

أحدها: أن الإجارة فاسدة في الصورة الأولى، صحيحة في الثانية؛ لأنه إذا أكرى[١] من اثنين، اتصل زمان الإجارة بعضه ببعض، وإذا أكرى[٢] من واحد تفرق الزمان[٣]، فتكون إجارة الزمان المستقبل.

وثانيها: المنع في الصورتين؛ لأنه إجارة إلى آجال متفرقة، وأزمنة متقطعة.

وثالثها ـ وبه قال الـمُـزَنيّ في «الجامع الكبير» تـخريجاً، ووافقه صاحب «التلخيص» ـ: أنه تجوز الإجارة في الصورتين مضمونة في الذمة، ولا تجوز على دابة معينة[٤]. والفرق: أنها إذا كانت في الذمة، فإن آجَر من واحد فقد ملّكه نصف المنافع على الإشاعة، فيقاسم المالك. وإن آجَرها من اثنين، ملّكهما الكل نَسقاً[٥]، فيتقاسمان. وأما إجارة العين فإنها تتعلق بأزمنة متقطعة، فتكون إجارة الزمان المستقبل.

وأصحها[٦] ـ وهو نصّه في «الأم»[٧] ـ: جواز الإجارة في الصورتين، سواء

---

(١) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (اكترى).

(٢) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإذا اكترى).

(٣) قوله: (الزمان) زيادة في (ز).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٩)، «التهذيب» (٤/ ٤٦٣)، وصححه في «الحاوي» (٩/ ٢٤٠)، لكن الماوردي ذكر قول الـمُـزَنيّ في الصورة الأولى، وأطلق الجواز في الصورة الثانية سواء كان على بعير معين أم غير معين.

(٥) نَسقاً: قال ابن دريد: النسق: نسق الشيء بعضه في إثر بعض. وقال الليث: النسق من كل شيء ما كان على طريقة نظام واحد. وكل شيء اتبع بعضه بعضاً فهو نسق له. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب الكاف (٧/ ٧٦) (نسق).

(٦) في الأصول الخطية: «وأصحهما»، والمثبت من «روضة الطالبين» (٥/ ١٨٣)، وهو المناسب للسياق.(م ع).

وذكر الشيرازي: أنه المذهب. «المهذب» (١٥/ ٣٩)، وكذا في «التهذيب» (٤/ ٤٦٣).

(٧) قال الشافعي: «فإن تكارى منه لعبده عقبة، فأراد أن يركب الليل دون النهار بالأميال أو النهار دون =

وردت على العين أو الذمة. ويثبت الاستحقاق في الحال، ثم بتقسيم المكتري والمكري أو المكتريان، والتأخير الواقع من ضرورة القسمة والتسليم لا يضر.

وهذه المسألة تشهر بـ«كراء العُـقَبْ» وهو جمع عُقْبَـة. والعقبة: النوبة، وهما يتعاقبان على الراحلة إذا ركب هذا تارة وهذا تارة[١].

وإذا قلنا بالجواز، فلو كان في ذلك الطريق[٢] عادة مضبوطة، إما بالزمان بأن يركب يوماً وينزل يوماً، أو بالمسافة بأن يركب فرسخاً[٣] ويمشي فرسخاً، حمل العقد عليها. ولس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثاً والنزول ثلاثاً؛ لما في دوام المشي من التعب.

وإن لم تكن عادة مضبوطة، فلا بد من البيان في الابتداء. وإن اختلفا فيمن يبدأ بالركوب، فالحاكم القرعة[٤].

ولو أكرى الدابة من اثنين، ولم يتعرض للتعاقب، قال في «التتمة»: إن احتملت الدابة ركوب شخصين، اجتمعا على الركوب، وإلا فالرجوع إلى[٥] المهايأة كما سبق.

= الليل، أو أراد ذلك به الجمال، فليس ذلك لواحد منهما، ويركب على ما يعرف الناس العقبة، ثم ينزل فيمشي بقدر ما يركب، ثم يركب بقدر ما مشي، ولا يتابع المشي فيقدحه ولا الركوب فيضر بالبعير». «الأم» (٤/ ٣٦).

وذكر الشيرازي: أنه المذهب. «المهذب» (١٥/ ٣٩)، وكذا في «التهذيب» (٤/ ٤٦٣).

(١) انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٢٠) (العقب).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بالطريق).

(٣) الفرسخ: من مقاييس الأطوال والمسافات، وهو يساوي (٣ أميال) أو (٥٥٤٤ متر) تقريباً. انظر: «المقادير في الفقه الإسلامي» ص٧١.

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٩ - ٤٠).

(٥) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر): (فالركوب يخرج على)، وفي (ط العلمية): (فالرجوع يخرج على).

ولو قال: «آجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا»، أو «آجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق»، صح، ويقتسمان إما بالزمان أو المسافة.

وهذه إجارة المشاع تصح[1]؛ كما يصح بيع المشاع[2]، وبه قال مالك[3].

وقال أبو حنيفة[4] وأحمد[5]: لا تصح إجارة المشاع إلا من الشريك.

وفي إجارة نصف الدابة وجه: أنها غير جائزة؛ للتقطع، بخلاف إجارة نصف الطريق[6]، وبخلاف ما إذا آجَر منهما ليركبا في محمل.

ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة، أما تضمينه مسائل الفصل شرط (القدرة على التسليم)، فكان سببه أن منافع الزمان المستقبل غير مقدور عليها، أما إذا نجّز كان التسليم في الزمان الحاضر مقدوراً عليه فينسحب حكمه على جميع المدة المتواصلة للحاجة.

وقوله: (فاسدة)، معلم بالحاء والألف.

وأراد بقوله: (إذْ لا تسلط عليه عقيب العقد مع اعتماد العقد العين)، أن هذه الإجارة متعلقة بالعين غير واردة على الذمة، وذلك يقتضي التسليط في الحال.

---

(١) وسواء كانت من الشريك أم من غيره. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٩)، «المهذب» (١٥/ ٧).

(٢) قوله: (تصح كما يصح بيع المشاع) سقط من (ي)، (ط الفكر)، وفي (ط العلمية): (تصح كما يصح بيعه).

(٣) انظر: «المدونة الكبرى» (٣/ ٤٤٧).

(٤) وهذا عند أبي حنيفة، لأن فيها التـزام تسليم ما لا يقدر على تسليمه، فلا يـجوز. انظر: «المبسوط» (١٥/ ١٤٤ - ١٤٥).

(٥) انظر: «الكافي» (٢/ ٣٠٤).

(٦) في (ز): (الدار)، وفي (ي): (الطريق الدابة).

وقوله: (فوجهان)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن أبا الفرج السرخسي حكى طريقة قاطعة بالمنع، كما لو آجَر من غير المستأجر.

ولفظ الكتاب في مسألة كراء[١] العقب لا يتناول إلا[٢] الإجارة الواردة على العين، وإلا إذا اتحد المكتري، ولا يجيء[٣] حينئذ إلا وجهان كما ذكرنا.

وقوله: (وهو[٤] صحيح)، يجوز أن يعلم بالحاء والألف؛ لمذهبهما في إجارة المشاع.

فرع:

لا تجوز إجارة ما لا منفعة له في الحال ويصير منتفعاً به في المدة[٥] كالجحش[٦]؛ لأن الإجارة موضوعة على تعجيل المنافع، بخلاف المساقاة على ما لا يثمر في تلك السنة ويثمر بعدها؛ لأن تأخر الثمار محتمل في كل مساقاة.

قال:

(والعَجْزُ شرعاً كالعَجْز حِسّاً؛ فلو استأجَر على قَلعِ سِنٍّ صحيحةٍ وقطعِ يدٍ صحيحة، أو استأجَر حائضاً على كَنْسِ مسجد: فهو فاسد؛ لأنّ تسليمَه شرعاً مُتعَذِّر. ولو كانت اليد مُتآكِلةً أو السِّنُّ وَجِعةً صحَّت، فإن سَكَنَتْ قبلَ القَلْعِ انفسخَت الإجارة).

---

(١) قوله: (كراء) سقط من (ز).

(٢) قوله: (إلا) سقط من (ي).

(٣) في المطبوع من كتاب «العزيز» (٦/ ٩٨): (وإلّا إذا اتحد المكتري لا يجيء).(م ع).

(٤) قوله: (وهو) سقط من (ز).

(٥) قوله: (في المدة) زيادة في (ز).

(٦) الجحش: يُطلق على ولد الحمار حين تضعه أمه حتى يفطم من الرضاع، فإذا استكمل الحول فهو تولب. انظر: «تاج العروس» فصل الجيم، باب الشين (٤/ ٢٨٦) (جحش).

المعجوز عنه شرعاً كالمعجوز عنه حساً كما قدمنا في البيع، فلا يجوز الاستئجار لقلع سن صحيحة وقطع يد صحيحة، ولا استئجار الحائض لكنس المسجد وخدمته؛ لأنها منافع متعذرة التسليم شرعاً.

وقال في «الوسيط»[(١)]: في إجارة الحائض لكنس المسجد احتمال، فيجوز أن تصح وإن كانت تعصي به، كما تصح الصلاة في الأرض المغصوبة وإن كان شغل[(٢)] ملك الغير معصية[(٣)]. والمنقول الأول.

وكذا لا يجوز الاستئجار لتعليم التوراة والإنجيل[(٤)]، وختان الصغير الذي لا يحتمل ألمه، ولتعليم[(٥)] السحر والفحش[(٦)].

ولو استأجر لقطع يد متآكلة أو قلع سن وجعة، فالكلام أولاً في جوازهما: أما القلع[(٧)] فإنه يجوز إذا صعب الألم وقال أهل البصر: إنه يريح من[(٨)] الألم. وأما القطع فلا بد وأن يذكر أهل الصنعة «أنه نافع»، ومع ذلك ففي جوازه خلاف عن حكاية الشيخ أبي محمد. وجه[(٩)] المنع: أن القطع إنما ينفع[(١٠)] إذا وُضعت الحديدة على محلٍّ صحيح، وأنه مهلك، كما أن الأَكْلة[(١١)] مهلكة.

---

(١) «الوسيط» (٤/ ١٦٤).

(٢) (شغل) في (ز) وفي غيرها (يشغل).

(٣) قوله: (معصية) زيادة في (ز).

(٤) وهو حرام. انظر: «الوسيط» (٤ / ١٦٣).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ولتعلم).

(٦) وهو حرام، والعقد عليه فاسد، لأنه معجوز شرعاً عن تسليمه. انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٦٣).

(٧) في (ي): (القطع).

(٨) قوله: (من) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٩) قوله: (وجه) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(١٠) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يمنع).

(١١) الأكلة: كفرحة، الحكة، وهي داء في العضو يأتكل منه. انظر: «تاج العروس» فصل الهمزة، باب اللام (٧/ ٢٠٩ - ٢١٠) (أكل).

وهذا الخلاف وما في جواز القطع من التفصيل[١]، مذكور في الكتاب في باب ضمان الولاة[٢]، فحيث لا يجوز القطع والقلع، فالاستئجار لهما باطل، وحيث يجوز، ففي صحة الإجارة وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الإجارة إنما تجوز في عمل موثوق به، وزوال[٣] العلة محتمل، فيمتنع الوفاء بقضية الإجارة، وسبيل مثل هذا الغرض أن يحصل بالجعالة بأن يقول: «اقلع سني هذه، ولك كذا».

وأصحهما: الصحة[٤]؛ إذْ لا يشترط لصحة الإجارة القطع بسلامتها عما يقطعها.

ورأى الإمام[٥] تخصيص الوجهين بالقلع؛ لأن[٦] احتمال فتور الوجع في الزمان الذي يعرض[٧] فيه القلع[٨] غير بعيد. وأما زوال الأكلة في زمان القطع[٩]

---

(١) من قوله: (وأنه مهلك) إلى هنا سقط من (ز)، وفيها بدلًا منه: «وفيه تفصيل».

(٢) يجوز قطع اليد المتآكلة ونحوها إن لم يكن في قطعها خطر. فإن كان في قطعها خطر، لم يجز القطع. فإن كان في القطع خطر وفي الإبقاء خطر، ترجح أحدهما بحسب ما يقابله من كثرة الخطر. فإن تعادل الاحتمالان وتساوى خطر القطع والترك فوجهان، وأشبههما: الجواز. انظر: «الوجيز» (٢/ ١٨٣ - ١٨٤)، و ما سيرد (١٩/ ٤١٣).

(٣) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وجواز زوال).

(٤) كذا صححه في «الوسيط» (٤/ ١٦٤).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٩٥-٩٦).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لا أن).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يفرض).

(٨) في (ط الفكر): (القطع).

(٩) في (ط الفكر): (الاتكال بأرباب القطع)، وفي (ط العلمية): (من زمان بأرباب القطع).

فإنه غير محتمل. وأجرى الخلاف في الاستئجار للفصد[١] والحجامة[٢]، وبزغ[٣] الدابة؛ لأن هذه الإيلامات إنما تباح بالحاجة، وقد تزول الحاجة.

وإذا استأجر امرأة لكنس مسجد فحاضت، انفسخ العقد إن وردت الإجارة على عينها، وعينت المدة. وإن وردت على الذمة، لم تنفسخ؛ لإمكان أن تفوضه إلى الغير، وأن تكنس بعد أن تطهر[٤].

وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن الوجعة، فاستأجر له، ثم سكن الوجع وبرأ[٥]، انفسخت الإجارة؛ لتعذر القلع[٦]. وهذا قد ذكره مرة أخرى في الباب الثالث، وسنذكر هناك ما يقتضي إعلام قوله: (انفسخت الإجارة)، بالواو.

وإن لم يبرأ، لكن[٧] امتنع المستأجر من قلعه، قال في «الشامل»: لا يجبر[٨]

---

(١) الفصد: قطع العروق. يقال: فصَد يفصِد بالكسر فَصْداً بفتح فسكون وفِصاداً بالكسر. وفصد الناقة شق عرقها ليستخرج دمه فيشربه. انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب الدال (٢/ ٤٥٣) (فصد).

(٢) الحجامة: الحرفة من فعل الحَجْم وهو المص، يقال: حَجَم يحجم ـ بضم الجيم وكسرها ـ والحجام: المصاص. قال الأزهري: يقال للحاجم الحجام، لامتصاصه فم المحجمة. وقيل: حجمه أي شرطه. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الميم (٨/ ٢٣٧) (حجم)، «المصباح المنير» (١/ ١٢٣) (حجمه).

(٣) البزغ: والتبزيغ هو الوخز الخفي الذي لا يبلغ العصب. ويقال: بزغ الحاجم والبيطار الدابة بزغاً، أي شرط وشق أشعرها بمبزغه، والمبزغ المشرط. ويقال بزغ دمه أي أساله. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الغين (٦/ ٣) (بزغ).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٩).

(٥) قوله: (وبرأ) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٦) «ولأن قلعه قد حرم، وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظوراً، فصار محل العمل معدوماً، فلذلك بطلت الإجارة». «الحاوي» (٩/ ٢٠٩).

(٧) قوله: (لكن) سقط من (ي).

(٨) كذا في (ز)، وفي غيرها: (يجب).

عليه، إلا أنه[١] إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدة إمكان العمل، وجب على المستأجر الأجرة[٢]. ثم ذكر القاضي أبو الطيب: أنها لا تستقر، حتى لو انقلعت تلك السن، انفسخت الإجارة ووجب ردّ الأجرة، كما لو مكنت الزوجة في النكاح ولم يطأها الزوج، ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمكان السير حيث تستقر عليه الأجرة؛ لتلف المنافع تحت يده.

قال:

(ولو استأجَرَ منكوحةَ الغيـرِ دونَ إذنِ الزوجِ ففاسد (و). ولو استأجَرَها الزوجُ لنفسِه فهو صحيح. وإن استأجَرَها (و) لإرضاعِ ولدِه منها صحّ).

استئجار المنكوحة[٣]، إما أن يعرض[٤] من غير الزوج أو منه، أما غيره: فله أن يستأجرها للرضاع وغيره بإذن الزوج، وبغير إذنه وجهان:

أحدهما: يجوز أيضاً[٥]؛ لأن محله غير محل النكاح؛ إذْ لا حقّ له في لبنها وخدمتها.

وأصحهما: المنع[٦]، وهو المذكور في الكتاب[٧]؛ لأن أوقاتها مستغرقة

---

(١) قوله: (أنه) سقط من (ي)، (ز).

(٢) كما لو مضت مدة السكنى. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٠٩).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (منكوحة الغير).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يفرض).

(٥) قوله: (أيضاً) سقط من (ز).

(٦) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٤٦).

(٧) وكذا قطع به في «الوسيط» (٤/ ١٦٤).

لحقّ[١] الزوج، فلا تقدر على توفية ما التزمته. فإن لم نصححه فذاك، وإن صححناه فللزوج فسخه؛ كي لا يختل حقه[٢].

ولو آجرت نفسها ولا زوج لها، ثم نكحت في المدة، فالإجارة بحالها، وليس للزوج منعها من توفية ما التزمته[٣] كما لو آجَرت نفسها بإذنه، لكن يستمتع بها في أوقات فراغها[٤]. فإن كانت الإجارة للرضاع، فهل لولي الطفل الذي استأجرها لإرضاعه منع الزوج من وطئها؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ ويحكى عن أبي حنيفة[٥] ومالك[٦] ـ: نعم؛ لأنها[٧] ربما تحمل فينقطع اللبن وإلا فيقل، فيضر بالطفل.

والثاني ـ وبه أجاب أصحابنا العراقيون[٨] ـ: لا؛ لأن الحمل متوهم[٩]، ولا يمتنع به الوطء المستحق.

وذكر في «التهذيب»[١٠]: أنه إن كانت الإصابة تضر باللبن، منع الزوج من

---

(١) في (ز)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بحق).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥١).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بما التزمته)، وفي (ي): (من ما التزمته).

(٤) كما لو نام الطفل أو تشاغل. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٦)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٣٠).

(٥) لولي الطفل منع الزوج من وطئها إن كان ذلك في منزله، ولا يمنعه إن كان وطئها في منزل الزوج نفسه، فإن حبلت فله فسخ الإجارة. انظر: «المبسوط» (١٥/ ١٢٢)، «الاختيار» (٢/ ٥٩).

(٦) انظر: «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤١١).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لأنه).

(٨) وقطع به الماوردي، «الحاوي» (٩/ ٢٥١). وكذا قطع به القفال الشاشي، «حلية العلماء» (٥/ ٤٣١).

(٩) في (ي)، (ز): (موهوم).

(١٠) «التهذيب» (٤/ ٤٤٦).

إصابتها. وهذا إن أراد به الضرر الناشئ من الحبل الناشئ من الإصابة، فهو جواب على الوجه الأول. ويجوز أن يحمل على إضرارها باللبن من غير توسط الحمل.

وإذا مُنع الزوج، فلا نفقة عليه في تلك المدة.

ولو آجَر السيد الأمَة المزوجة جاز، ولم يكن للزوج منعها من المستأجر؛ لأن يده يد السيد في الانتفاع[١]. وأما الزوج: فلا يُمنع من استئجارها. إلا أنه إذا استأجرها لإرضاع ولده منها، ففيه وجهان:

أحدهما ـ وهو الذي ذكره العراقيون ـ: المنع[٢]، ووجهوه بأنها أخذت منه عوضاً للاستمتاع، وعوضاً للحبس، فلا تستحق شيئاً آخر. وهذا ـ على ضعفه ـ منقوض باستئجارها لسائر الأعمال.

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: الجواز[٣]، كما لو استأجرها بعد البينونة، وكما لو استأجرها للطبخ والكنس ونحوهما.

وعن أبي حنيفة[٤]: أنه لا يجوز استئجارها للطبخ وما أشبهه؛ لأنه مستحق عليها في العادة.

وعلى هذا الخلاف استئجار الوالد ولده للخدمة. وفي عكسه وجهان، إذا كانت الإجارة على عينه[٥]، كالوجهين في ما إذا آجَر المسلم نفسه من كافر[٦].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٦).

(٢) وضعّفه في «الوسيط» (٤/ ١٦٤).

(٣) وقطع به في «الوسيط» (٤/ ١٦٤).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٢)، «المبسوط» (١٦/ ٥٥).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٥).

(٦) إن استأجر الكافر مسلماً: فإن كان على عمل مضمون في ذمته، جاز. وإن كانت على خدمة تتعلق برقبته، ففيه قولان: أحدهما: الإجارة باطلة. والثاني: جائزة. =

قال:

(أما الحصولُ للمستأجر: نعني به أنّ استئجارَه على الجهادِ (و) والعباداتِ التي لا تجري النِّيابةُ فيها فاسد؛ إذ يقعُ للأجير. وأما الحجُّ وحَملُ الجنَازةِ وحَفْرُ القَبرِ وغسلُ الميِّت فيجري فيها النيابة، وتجوزُ[١] الإجارة. وللإمام (و) استئجارُ أهلِ الذِّمّةِ للجهاد؛ إذ لا يقعُ لهم.

والاستئجارُ على الأذانِ جائزٌ للإمام. وقيل: إنه ممنوعٌ كالجهاد. وقيل: إنه يجوزُ لآحادِ الناسِ؛ ليحصلَ للمستأجرِ فائدةُ معرفةِ الوقتِ. ولا يجوزُ الاستئجارُ على إمامةِ الصلواتِ الفرائض، وفي إمامةِ التراويح خلاف، والأصحّ: منعُه.

وبالجُملة: فكلُّ منفعةٍ مُتقوِّمةٍ معلومةٍ مُباحة، يَلحَقُ العاملَ فيها كُلفة، ويتَطوَّعُ بها الغيرُ عن الغير: يصحُّ إيرادُ العَقدِ عليها).

الشرط الرابع: حصول المنفعة للمستأجر، وإلا اجتمع العوضان في ملك واحد، فإنه إذا قال: «استأجرت دابتك لتركبها بعشرة»، كانت المنفعة والعشرة حاصلة له[٢].

= قال الماوردي: «فإن نقلها المستأجر من نفسه إلى مسلم، وإلا فسخها الحاكم عليه». انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٠)، «المهذب» (١٥/ ٧).

(١) قوله: (تجوز) زيادة في (ز).

(٢) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٦٤).

وأكثر العناية[١] في هذا الشرط، ذكر[٢] حكم العبادات والقرب[٣] في الاستئجار، وضبطها إمام الحرمين، فقال: هي على نوعين:

أحدهما: القرب[٤] التي[٥] يتوقف الاعتداد بها على النية، فما لا تدخله النيابة منها، لا يجوز الاستئجار عليه؛ لأن الاستئجار نيابة خاصة.

وما تدخله النيابة منها، يجوز الاستئجار عليه، كالحج وتفرقة الزكاة. وقال الإمام[٦]: ومن هذا القبيل غسل الميت إذا اعتبرنا فيه النية، لجريان النيابة فيه.

والنوع الثاني: الذي لا يتوقف الاعتداد بها على النية، وهي تنقسم إلى فرض كفاية[٧] وإلى شعار غير مفروض: القسم الأول: فروض الكفايات، وهو على ضربين:

أحدهما: ما يختص افتراضه[٨] في الأصل بشخص وموضع معين، ثم يؤمر به غيره[٩] إن عجز، كتجهيز الميت بالتكفين والغسل وحفر القبر وحمل الجنازة

---

(١) في (ط الفكر): (في كنز العناية).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (فذكر).

(٣) قوله: (والقرب) زيادة في (ي)، (ز).

(٤) قوله: (القرب) سقط من (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (الذي).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٣/ ١٠-١٤).

(٧) فرض الكفاية هو: «الفرض الذي يكون المطلوب فيه تحقق الفعل من الجماعة، فإذا وقع الفعل من البعض سقط الإثم عن الباقين، ولا يستحق أحد ذماً، وإن لم يقم به أحد أثم الجميع». (أبو زهرة، الإمام محمد) «أصول الفقه» ص٢٨ (دار الفكر العربي، القاهرة).
وقال الإمام الغزالي: «هو كل مهم ديني يريد الشرع حصوله، ولا يقصد به عين من يتولاه». «الوجيز» (٢/ ١٨٧).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (إفراضه).

(٩) قوله: (غيره) سقط من (ز).

والدفن، فإن هذه المؤنات تختص بتركة الميت[١]، فإن لم تكن، فحينئذ يجب على الناس القيام بها، فمثل هذا يجوز الاستئجار عليه؛ لأن الأجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه. وعدّ من هذا القسم[٢]: تعليم القرآن، فإن كل أحد يختص بوجوب التعلم[٣]، وإن كان نشر[٤] القرآن وإشاعته[٥] من فروض الكفايات.

وهذا إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الأعمال. فإن تعين واحد لتجهيز الميت أو لتعليم الفاتحة، فوجهان:

أحدهما: المنع، كفروض الأعيان ابتداء[٦].

وأصحهما: الجواز، كما أن المضطر يجب إطعامه، ويجوز تغريمه.

والضرب الثاني: ما يثبت افتراضه في الأصل شائعاً غير مختص بشخص وموضع كالجهاد، فلا يجوز استئجار المسلم عليه؛ لأنه مكلف بالجهاد والذب عن الملة، فيقع عنه، ويجوز استئجار الذمي عليه، وسيأتي ذلك في كتاب السير[٧] إن شاء الله تعالى.

---

(١) من قوله: (بالتكفين والغسل) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (القبيل).

(٣) كذا في (ي)، (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (التعليم).

(٤) في (ط الفكر): (يسير).

(٥) في (ط الفكر): (وأنبنا عنه).

(٦) قال الغزالي: «ولو عين الإمام شخصاً لدفن ميت وغسله فلا أجرة له، إلا أن يكون له تركة أو في بيت المال متسع». «الوجيز» (٢/ ١٨٩).

(٧) لا يجوز استئجار المسلم للجهاد. وعن الصيدلاني: أنه يجوز للإمام أن يستأجر المسلم للجهاد، ويعطيه الأجرة من سهم المصالح. أما الذمي فيصح استئجاره للجهاد. انظر ما سيرد (١٩/ ٥٣٨، ٥٤٠). «التهذيب» (٧/ ٤٥٦ - ٤٥٧).

والقسم الثاني: شعائر غير مفروضة كالأذان تفريعاً على الأصح، وفي جواز الاستئجار عليه ثلاثة أوجه ذكرناها وترتيبها في باب الأذان[١].

فإن جوزناه، فعن الشيخ أبي محمد وغيره ثلاثة أوجه في أن المؤذن علام يأخذ الأُجرة؟

أحدها: أنه يأخذ على رعاية المواقيت.

والثاني: على رفع الصوت.

والثالث: على الحيعلتين؛ لأنهما ليسا من الأركان.

والأصح وجه رابع: أنه يأخذه على جميع الأذان بجميع صفاته، ولا يبعد استحقاق الأجرة على ذكر الله تعالى، كما لا يبعد استحقاقها على تعليم القرآن وإن اشتمل على قراءة القرآن.

ويتخرج على هذه التقاسيم صور:

منها: الاستئجار لإمامة الصلوات المفروضة ممنوع منه[٢].

وللإمامة في التراويح وسائر النوافل، وجهان:

الأصح: المنع[٣]؛ لأن الإمام مصلٍّ[٤] لنفسه، ومهما صلّى اقتدى به من يريد

---

(١) ثلاثة أوجه هي: المنع المطلق، والجواز المطلق، والفرق بين الإمام وغيره. وفي الأصح والأظهر: أنه يجوز الاستئجار للأذان، سواء من الإمام أم من آحاد الناس. واختار الشيخ أبو حامد: عدم الجواز، لأنه عمل يعود نفعه إلى الأجير. انظر ما سلف (٢/ ٢٠٠)، انظر: «المهذب» (٣/ ١٢٥)، «المجموع» (٣/ ١٢٧).

والقول بالجواز يتناسب في عصرنا مع أحوال الأقليات الإسلامية في بلاد الكفار خاصة.

(٢) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٦٥).

(٣) كذا ذكر في «الوسيط» (٤/ ١٦٥).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (حصل)، وفي (ي): (فعل).

وإن لم ينو الإمامة. وإن توقف على نيته شيء، فهو إحراز فضيلة الجماعة، وهذه فائدة تحصل له دون المستأجر.

ومَنْ جوّزه، ألحقه بالاستئجار للأذان ليتأدّى الشّعار.

ومنها: الاستئجار للقضاء، ممتنع[١]؛ لأن المتصدي له قد[٢] تعلق بعمله أمر الناس عامة. وأيضاً: فأعمال القاضي غير مضبوطة.

ومنها: أطلقوا القول بمنع الاستئجار للتدريس. وعن الشيخ أبي بكر الطوسي[٣]: ترديد جواب في الاستئجار لإعادة الدروس. قال الإمام[٤]: لو عين شخصاً أو جماعة ليعلّمهم مسألة أو مسائل مضبوطة فهو جائز[٥]. والذي أطلقوه، فهو محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين مَنْ يعلِّم وما يعلِّم؛ لأنه كالجهاد في أنه إقامة مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع. وكذلك يمتنع استئجار مقرئ يقرأ على هذه الصورة. قال: ويحتمل أن يجوز الاستئجار له، ويشبه بالأذان.

وللمنع وراء ما ذكره مأخذ آخر، وهو أن عمله غير مضبوط، كما ذكرناه في القاضي.

---

(١) وألحق بعضهم القضاء بالأذان، وبالتالي تجوز الإجابة عليه، لأن كل واحد منهما يعود نفعه إلى عامة المسلمين. انظر ما سيرد (٢١/ ٢٨٨).

(٢) قوله: (قد) سقط من (ز)، وفي (ي): (به).

(٣) أبو بكر الطوسي: محمد بن بكر الطوسي النوقاني. تفقه بنيسابور على الماسرجسي وببغداد على أبي محمد الباقي. كان إمام أصحاب الشافعي بنيسابور. تفقه به خلق كثير منهم: الأستاذ أبو القاسم القشيري، له ولد فقيه مدرس صالح يسمى بكراً. توفي بنوقان سنة (٤٢٠هـ). انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (٢/ ٥٧) (٧٥٨)، «طبقات الشافعية الكبرى» (٣/ ٤٩)، «طبقات الشافعية» (شهبة) (١/ ١٨٩ - ١٩٠) (١٤٩).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٣/ ١٣-١٤).

(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٦٥).

وقوله في الكتاب: (وللإمام أن يستأجر أهل الذمة للجهاد)، يجوز أن يعلم بالواو؛ لوجه ذكره في السير[١] سينتهي إليه الشرح إن وفق الله تعالى.

وقوله: (ليحصل للمستأجر فائدة معرفة الوقت)، هذا التوجيه مبني على جواز الأخذ بقول المؤذن والاعتماد عليه. ثم قضية الاكتفاء بحصول فائدة للمستأجر دون أن تحصل له كل الفائدة، ويلزم منه تجويز الاستئجار للإمامة؛ ليحصل للمستأجر فضيلة الجماعة.

وقوله: (وبالجملة[٢] فكل منفعة متقوّمة) إلى آخره، قريب من قوله في أول الركن: (أن تكون[٣] متقوّمة لا بانضمام[٤] عين إليها) إلى آخره[٥]، وهما في ظاهر الأمر كضابطين يتأدّى بهما معنى واحد، لكن ينبغي أن يتنبه فيه[٦] لشيئين:

أحدهما: أن التعرض للتقوّم مغنٍ عن قوله: (يلحق العامل فيه[٧] كلفة)؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يتقوّم، كما سبق.

والثاني: أنه وإن أطلق لفظ (المنفعة)، لكن المراد هاهنا الأعمال التي

---

(١) وهو: أن يستعمله الإمام عن طريق الجعالة لا الإجارة، لأن أعمال القتال مجهولة لا تنضبط. انظر ما سيرد (١٩/ ٥٤٠).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في ما يحمله).

(٣) قوله: (أن تكون) زيادة في (ز).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لانضمام).

(٥) قوله: (إلى آخره) سقط من (ز).

(٦) في (ي): (به).

(٧) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (بها). وفي نص «الوجيز» المتقدم: (فيها).

يستأجر لها الأجراء، وإلا لم ينتظم قوله: (يلحق العامل فيها كلفة)؛ إذْ لا[(١)] مجال لثبوته[(٢)] في منفعة لبس الثوب وسكون الدار.

وقد صرح بذلك في «الوسيط»[(٣)] فقال: «كل عمل معلوم مباح[(٤)] يلحق العامل فيه كلفة... إلى آخره»، وكذلك حكاه الإمام[(٥)] عن القاضي الحسين.

ثم هذا الضابط، سواء كان ضابطاً لكل منفعة[(٦)] أو لمنافع أبدان الأجراء، لا اختصاص له بهذا الموضع، وذكره في غير هذا الموضع أحسن. والله أعلم.

قال:

(وأما قولنا[(٧)]: «معلومة»؛ فتفصيلُه في الآدميِّ والأراضيِّ والدَّوابّ.

أما الآدميّ: إذا استؤجِرَ لصَنعةٍ عُرِّفَ بالزمان، أو بمَحَلِّ العمل؛ كما لو استأجرَ[(٨)] الخيّاطَ يوماً، أو لخياطةِ ثوب مُعيَّـن. ولو قال: «استأجرتُكَ لتَخِيطَ هذا القميصَ في هذا اليوم» فَسَد (و)؛ لأنه ربما يُتِمُّ العملَ قبلَ اليوم أو بعدَه.

---

(١) في (ي): (لا)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو لا).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (لمفهومه).

والمقصود: ثبوت التقوّم.

(٣) «الوسيط» (٤/ ١٥٦، ١٦٦).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (متاع).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٠/ ١٣).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (لمنفعة).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (قوله).

(٨) في (ز): (كما يُستأجر).

وفي تعليم القرآن: يُعلَّمُ بالسُّوَر، أو بالزمان.

وفي الإرضاع: يُعيَّنُ الصبيُّ ومحَلَّ الإرضاع؛ فإنّ هذا مما يختلفُ الغَرَضُ به).

الشرط الخامس: كون المنفعة معلومة، وقد اعتبر في البيع العلم بثلاثة أمور من المبيع: العين، والقدر، والصفة.

أما العين: فكما[1] لا يجوز أن يقول: «بعتك أحد هذين العبدين»، لا يجوز أن يقول: «آجرتك أحدهما»، بل إما أن يلتزم في الذمة كما يلتزم بالسلم، وإما أن يؤجر عيناً معينة. ثم إن لم تكن لها إلا منفعة واحدة فالإجارة محمولة عليها، وإن كانت لها منافع فلا بد من البيان[2].

وأما الصفة: فقد ذكرنا أن إجارة العين الغائبة، على الخلاف في بيعها[3].

وأما القدر، وهو المقصود بالذكر: فاعلم أن قدر المنفعة يشترط العلم به، سواء كانت الإجارة في الذمة، أو كانت إجارة عين، بخلاف البيع[4]، فإن الشيء المعين إذا بيع تغني المشاهدة عن تحقيق القدر.

والفرق: أن المنافع ليس لها حضور محقق، وإنما هي متعلقة بالاستقبال، والمشاهدة لا يطلع فيها على الغرض.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فلما).

(٢) انظر: «المهذب» (١٥/ ١٣).

(٣) بيع الغائب على قولين: أحدهما: يصح. والآخر: لا يصح، واختاره المُزَنيّ، لأنه بيع غرر. انظر ما سلف (٥/ ٤١١).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المبيع).

ثم المنافع تقدر بطريقتين[١]:

تارة تقدر بالزمان، كما إذا استأجر الدار ليسكنها سنة.

وتارة بمحل العمل، كما إذا استأجر الخياط ليخيط له الثوب المعين، أو الدابة ليركبها إلى موضع كذا.

ثم قد يتعين الطريق الأول، كما في استئجار العقارات فإن منافعها لا تنضبط إلا بالمدة، وكالإرضاع فإن تقدير اللبن لا يمكن، ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان. وقد يسوغ فيه الطريقان، كما إذا استأجر عين شخص أو دابة، يمكنه أن يقول: «ليعمل لي كذا شهراً»، وأن يقول: «ليخيط لي هذا الثوب»، وفي الدابة أن يقول: «لأتردد عليها في حوائجي اليوم»، أو يقول: «لأركبها إلى موضع كذا»، فأيهما كان، كفى لتعريف المقدار.

فإن جمع بينهما بأن قال: «استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم»، ففيه وجهان:

أصحهما[٢] ـ وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أبو حنيفة[٣] ـ: أنه لا يجوز؛ لأن في إضافة الزمان إلى العمل غرراً لا حاجة إلى احتماله؛ لجواز انتهاء العمل قبل انتهاء اليوم وبالعكس، وهذا كما إذا أسلم في قفيز حنطة بشرط أن يكون وزنه كذا، لا يصح؛ لاحتمال أن يزيد أو ينقص فيتعذر التسليم.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٨)، «المهذب» (١٥/ ١٢)، «الحاوي» (٩/ ٢٠٦).

(٢) وقطع به أبو إسحاق الشيرازي، لأنه يؤدي إلى التعارض، لأنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم. فإن طولب في بقية اليوم بالعمل أخل بشرط العمل، وإن لم يطالب أخل بشرط المدة. «المهذب» (١٥/ ١٢). وكذا عند الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٢٠٦ – ٢٠٧).

(٣) هذا عند أبي حنيفة. وعند الصاحبين يجوز. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٤ – ١٨٥).

والثاني: يجوز، والمدة مذكورة للتعجيل، فلا تؤثر في فساد العقد. وعلى هذا فوجهان:

أصحهما: أنه يستحق الأجرة بأسرعهما إتماماً[١]، فإن تم العمل قبل تمام اليوم وجبت الأجرة، وإن انقضى النهار[٢] قبل تمام العمل فكذلك.

والثاني: أن[٣] الاعتبار بالعمل المقصود[٤]، فإن تم قبل انقضاء اليوم وجبت الأجرة[٥] وإن انقضى[٦] اليوم قبله وجب إتمامه.

وبالأول أفتى القفال، وذكر أنه: إن انقضى النهار أولاً لم يلزمه خياطة الباقي، وإن تم العمل أولاً فللمستأجر أن يأتي بمثل ذلك القميص ليخيط[٧] بقية النهار.

فإن قال في الإجارة: «على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره»، بطلت الإجارة؛ لأن زمان العمل يصير مجهولاً.

إذا عرفت ذلك، فالمنافع متعلقة بالأعيان وتابعة لها، وعدّ[٨] آحاد الأعيان التي تستأجر كالمتعذر. فعني الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر البلوى بإجارتها؛ ليعرف طريق الضبط فيها[٩]، ثم يقاس بها غيرها:

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٨).

(٢) في (ي): (الزمان).

(٣) قوله: (أن) سقط من (ط العلمية).

(٤) في (ط العلمية): (مقصود).

(٥) من قوله: (وإن انقضى) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٦) قوله: (وإن انقضى) سقط من (ط العلمية).

(٧) في (ز): (ليخيطه).

(٨) كذا في (ز)، وفي (ي): (وحد)، وفي (ط الفكر): (وتحدد)، وفي (ط العلمية): (وعدد).

(٩) قوله: (فيها) سقط من (ز).

أحدها: الآدمي يستأجر لعمل أو صناعة كالخياطة، فإن كانت الإجارة في الذمة، قال: «ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب»، ولو أطلق وقال: «ألزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يوماً»، قال القاضي أبو الطيب: لا يصح، وبه أجاب صاحب «التتمة»[(١)]؛ توجيهاً بأنه لم يعين عاملاً يخيط، ولا محلاً للخياطة، فلا ترتفع الجهالة.

وإن استأجر عينه، قال: «استأجرتك لتخيط هذا الثوب»[(٢)]، أو قال[(٣)]: «لتخيط لي يوماً» أو «شهراً»، نقل أكثرهم جوازه أيضاً.

ويجب أن يبين الثوب، وما يريد منه من القميص أو القباء[(٤)] أو السراويل، والطول والعرض[(٥)]، وأن يبين نوع الخياطة أهي رومية أو فارسية؟ إلا أن تطرد العادة بنوع، فيحمل المطلق عليه.

ومن هذا النوع الاستئجار لتعليم القرآن: ذكر الإمام[(٦)] وصاحب الكتاب: أنه يعين السور[(٧)] والآيات التي يعلّمها[(٨)]، أو يقدر المدة فيقول: «لتعلمني شهراً».

---

(١) في (ز): «التهذيب».

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٢٨).

(٣) من قوله: (لتخيط) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٤) القِباء: مشتق من قبوت الحرف إذا ضممته، وقبوت الشيء إذا ضممت عليه أصابعك. والقباء من الثياب سميَ بذلك، لاجتماع أطرافه عند لبسه، وهو يمد ويقصر ويؤنث ويذكر. وقيل فارسي، قال القاضي المعافى: هو من ملابس الأعاجم في الأغلب. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب الواو والياء (١٠/ ٢٨٦ - ٢٨٧) (قبا).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٤).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٣/ ٢٠-٢١).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (السورة).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٤)، «المهذب» (١٥/ ٢٧)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٦ - ٣٩٧).

وفي إيراد غيرهما[١] ما يفهم عدم الاكتفاء بذكر المدة، واشتراط تعيين السور والآيات؛ لتفاوت التعليم[٢] سهولة وصعوبة.

وفيه وجه: أنه لا يجب تعيين السور، وإذا ذكر عشر آيات كفى.

وفي «المهذب»[٣] وجه: أنه لا بد من تعيين السورة[٤]، لكن يكتفى بإطلاق العـشر منها.

فحصل في اشتراط تعيين الآيات ثلاثة أوجه، الثالث: الفرق بين أن يعين السورة فيسامح بإطلاق الآيات منها، أو[٥] لا يعين.

واحتجّ له بما روي أنه ﷺ قال ـ في قصة التي عرضت نفسها عليه ـ لبعض القوم: «إني أريد أن أزوجك هذه إن رضيت»، فقال: «ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت»، فقال للرجل: «هل عندك شيء؟» قال: «لا»، قال: «ما تحفظ شيئاً من[٦] القرآن؟» قال: «سورة البقرة والتي تليها»، قال: «قم فعلمها عشرين آية[٧]، وهي امرأتك»[٨].

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (غيرها).

(٢) في (ز): (لتفاوتهما في الحفظ والتعليم).

(٣) «المهذب» (١٥/ ٢٧).

(٤) في (ي)، (ز): (السورة)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (السور).

(٥) من قوله: (فحصل في) إلى هنا زيادة في (ز).

(٦) قوله: (شيئاً من) سقط من (ز).

(٧) في (ط الفكر): (عشر آيات).

(٨) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في النكاح، باب التزويج على العمل يعمل (٢/ ٢٣٦) رقم (٢١١٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢٤٢). وأخرجه بمعناه البخاري عن سهل بن سعد الساعدي، كتاب النكاح، باب تـزويج الـمعسر (٩/ ١٣١) (٥٠٨٧). وكذا مسلم، كتاب النكاح، باب =

وفي وجوب تعيين قراءة[1] ابن كثير[2] ونافع[3] وغيرهما، وجهان[4]، أصحهما: المنع؛ لأن الأمر فيها قريب، ويدل عليه الخبر السابق.

قال الإمام[5]: وكنت أود ألا يصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم، كما لا تصح إجارة الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب.

= الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد (٩/ ٢١١) وما بعدها. والترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء (٢/ ٢٩٠ - ٢٩١) (١١٢١). والنسائي، كتاب النكاح، باب التزويج على سور من القرآن (٦/ ١١٣).

وقوله ﷺ: «فقم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك»، هو من حديث أبي هريرة، عند أبي داود (٢/ ٢٣٧) (٢١١٢).

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: (رواية).

(٢) ابن كثير: أبو معبد عبد الله بن كثير الداري، مولى عمرو بن علقمة الكناني. أحد القراء السبعة وإليه صارت قراءة أهل مكة. وهو من أبناء فارس الذين بعثهم كسرى بالسفن إلى اليمن حين طرد الحبشة عنها. وكان قاضي الجماعة بمكة، وهو من الطبقة الثانية من التابعين، ولد بمكة سنة (٤٥هـ)، وكان عطاراً. روى عن أبي الزبير ومجاهد وقرأ عليه القرآن، وعن عكرمة وابن عباس وغيرهم. وعنه: ابن جريج وحماد بن سلمة وابن عيينة وغيرهم. قال ابن سعد: ثقة، وله أحاديث صالحة. توفي بمكة سنة (١٢٠هـ). انظر: «تهذيب التهذيب» (٣/ ٢٢٣ - ٢٢٤) (٤١١٤)، «وفيات الأعيان» (٣/ ٤١) (٣٢٧)، «الطبقات الكبرى» (٥/ ٤٨٤).

(٣) نافع: أبو رويم نافع بن عبد الرحمن بن أبي نُعيم المدني، مولى بني ليث. أحد القراء السبعة، وكان إمام أهل المدينة وإليه صارت قراءتهم. وهو من الطبقة الثالثة بعد الصحابة. وكان محتسباً فيه دُعابة، وكان أسود شديد السواد، وأصله من أصبهان. قرأ على أبي ميمونة مولى أم سلمة، وكان له راويان ورش وقنبل. وروى عن فاطمة بنت علي بن أبي طالب ونافع مولى ابن عمر وربيعة وغيرهم. وقال ابن معين: ثقة. وقال النسائي: ليس به بأس. مات سنة (١٦٩هـ) بالمدينة، وقيل (١٥٩هـ). انظر: «تهذيب التهذيب» (٥/ ٥٨٥ - ٥٨٦) (٨٣١٣)، «وفيات الأعيان» (٥/ ٣٦٨ - ٣٦٩) (٧٥٧).

(٤) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٢٧)، و«التهذيب» (٤/ ٤٣٤).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٣/ ٢٠-٢١).

لكن ظاهر كلام الأصحاب: أنه لا يشترط، والخبر يدل عليه، وإنما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن إذا كان من يعلمه مسلماً أو كافراً يرجى إسلامه، فإن كان لا يرجى، لا[١] يعلم القرآن[٢]، كما لا يباع المصحف من الكافر[٣]، فلا يجوز الاستئجار له.

وإن كان المستأجَر على تعليمه يتعلم[٤] الشيء بعد الشيء ثم ينساه، فهل على الأجير إعادة التعليم؟ فيه أوجه:

أحدها: أنه إن تعلم آية ثم نسيها لم يجب تعليمه[٥] ثانياً، وإن تعلم دون آية ثم نسي وجب.

والثاني: أن الاعتبار بالسورة.

والثالث: إن نسي في مجلس التعليم وجب إعادته، وإن نسي بعده فلا.

والرابع: أن الرجوع فيه إلى العرف الغالب، وهو الأصح.

فرع:

عن القاضي الحسين في «فتاويه»: أن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة جائز، كالاستئجار للأذان وتعليم القرآن[٦].

---

(١) في (ي)، (ز): (لم).

(٢) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٦٣).

(٣) والأظهر: بطلان بيع المصحف للكافر. انظر ما سلف (٥/ ٣٥٦).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (يعلم).

(٥) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (تعليمها).

(٦) قال النووي: «ظاهر كلام القاضي حسين، صحة الإجارة مطلقاً، وهو المختار، فإن موضع القراءة موضع بركة وبه تنزل الرحمة، وهذا مقصود ينفع الميت». «روضة الطالبين» (٥/ ١٩١).

واعلم أن عود المنفعة إلى المستأجر شرط في الإجارة كما سبق، فيجب عود المنفعة في هذه الإجارة[١] إلى المستأجر أو ميته.

لكن المستأجر لا ينتفع بأن يقرأ الغير، ومشهور[٢] أن الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة، فالوجه تنزيل الاستئجار على صورة[٣] انتفاع الميت بالقراءة، وذكر له طريقين[٤]:

أحدهما: أن يعقب القراءة بالدعاء للميت، فإن الدعاء يلحقه[٥]، والدعاء بعد القراءة أقرب إلى الإجابة وأكثر بركة.

والثاني: ذكر الشيخ عبد الكريم الشالوسي[٦]: أنه إن نوى القارئ بقراءته أن يكون ثوابها للميت لم يلحقه، لكن إن قرأ ثم جعل ما حصل من الأجر له فهذا[٧] دعاء بحصول ذلك الأجر للميت، فينتفع الميت[٨].

---

(١) قوله: (في هذه الإجارة) زيادة في (ي)، (ز)، وسقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) انظر: «التهذيب» (٥/ ١١٤)، وما سيرد (١١/ ٦٩٣).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (صور).

(٤) وهناك طريق ثالث عن القاضي أبي الطيب وهو: أن الميت كالحي الحاضر، فترجى له الرحمة ووصول البركة إليه إذا أهدى الثواب إلى القارىء. انظر ما سيرد (١١/ ٦٩٣).

(٥) قوله: (فإن الدعاء يلحقه) سقط من (ز).

(٦) عبد الكريم الشالوسي: أبو بكر، وقيل: أبو عبد الله عبد الكريم بن أحمد بن الحسين الطبري الشالوسي. نسبة إلى شالوس، قرية بنواحي آمل طبرستان. كان فقيه عصره بآمل، سمع بالعراق والحجاز ومصر وغيرها. توفي سنة (٤٦٥هـ). انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (٢/ ٦ - ٧) (٦٧١)، «طبقات الشافعية الكبرى» (٣/ ٢٤٢)، «طبقات الشافعية» (ابن أبي شبهة) (١/ ٢٥٣) (٢١٦).

(٧) كذا في (ي)، (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (فهو).

(٨) في (ز): (فيقع للميت).

ومنه: الاستئجار للرضاع، يجب فيه التقدير بالمدة[1]، كما سبق، ولا سبيل إلى ضبط مرات الإرضاع ولا القدر الذي يستوفيه في كل مرة، وقد تعرض له الأمراض والأسباب الملهية. ويجب تعيين الصبي؛ لاختلاف الغرض باختلاف حال الرضيع. وتعيين الموضع[2] الذي يرضع فيه أهو بيته أم بيتها، فإن إرضاعها في[3] بيتها أسهل عليها، وهو بالإرضاع[4] في بيته أشد وثوقاً.

هذا ما ذكره في استئجار الآدمي، وقد يستأجر لأمور أُخر:

منها: الحج وقد ذكرناه في بابه[5].

ومنها: إذا استأجر لحفر بئر أو نهر أو قناة، قدّر إما بالزمان فيقول: «تحفر لي شهراً»، أو بالعمل فيقدر الطول والعرض والعمق.

ويجب معرفة الأرض بالمشاهدة؛ للوقوف على صلابتها ورخاوتها. ويجب[6] عليه إخراج التراب المحفور، فإن انهار شيء من جوانب البئر لم يلزمه إخراج ذلك التراب[7]. وإذا انتهى إلى موضعٍ صلب أو حجارة، نظر: إن كان يعمل فيه المعول، وجب حفره على أظهر الوجهين[8]، وبه قال القاضي أبو الطيب.

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ١٢)، «التهذيب» (٤/ ٤٣٥).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٣).

(٣) قوله: (في) سقط من (ي).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فالإرضاع).

(٥) يجوز الاستئجار على الحجّ عند الشافعية، لأنه عمل تدخله النيابة فيجزىء فيه الاستئجار كتفريق الزكاة. ويجوز بشروط أربعة: الأول: أن يكون الأجير قادراً. الثاني: أن لا يضيف الحج إلى السنة القابلة. الثالث: أن تكون أعمال الحج معلومة للأجير. الرابع: أن لا يعقد بصيغة الجعالة. انظر ما سلف (٤/ ٦٢٠-٦٢١).

(٦) قوله: (ويجب) سقط من (ي).

(٧) «لأن ما استحق عليه من إخراج التراب قد وفاه». «الحاوي» (٩/ ٢٨١).

(٨) وقطع به في «التهذيب» (٤/ ٤٤٩).

والثاني: لا يجب، وبه قال ابن الصباغ؛ لأنه خلاف ما اقتضته المشاهدة. فعلى هذا، له فسخ العقد.

وإن لم يعمل فيه المعول، أو نبع الماء قبل أن ينتهي إلى القدر المشروط وتعذر الحفر، انفسخ العقد في الباقي. ولا يفسخ في ما مضى على الأصح، فتوزع الأجرة المسماة على ما عمل، وعلى ما بقي[1].

وإن استأجر لحفر قبر، بيّن الموضع والطول والعرض والعمق، ولا يكفي الإطلاق، خلافاً لأبي حنيفة[2]. ولا يجب عليه ردّ التراب[3] بعد وضع الميت فيه[4]، خلافاً له أيضاً.

ومنها: إذا استأجر لضرب اللّبن[5]، قدر بالزمان أو العمل. وإذا قدر بالعمل، بيّن العدد والقالب، فإن كان القالب معروفاً فذاك، وإلا بيّن طوله وعرضه وسمكه. وعن القاضي أبي الطيب: الاكتفاء بمشاهدة القالب.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٩).

(٢) عند الحنفية: إن أطلق العقد يستحق الوسط مما يعمله الناس، لأن ذلك معلوم بالعرف فهو كالمشروط بالنص، ولا يلزم الأجير رد التراب، لأنه التزم عمل الحفر، ورد التراب كنس وهو ضد ما التزمه بعقد الإجارة. قال السرخسي: «ولكني أنظر إلى ما يصنع أهل تلك البلد، فإن كان الأجير هو الذي يحثي التراب خيّرته في ذلك». «المبسوط» (١٦/ ٤٨ – ٤٩).
وقال الكاساني: «وقالوا فيمن استأجر على حفر قبر: إنّ حثي التراب عليه، إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به» «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٩).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٤٥٧).

(٤) قوله: (فيه) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) اللَّبِن ـ بكسر الباء ـ: هو المضروب من الطين مربعاً للبناء، واحدته لبنة. ويقال لبْن بسكون الباء وبكسرتين كإبل. وأصله من اللبْن وهو الضرب الشديد، يقال لبنه بالعصا لبناً إذا ضربه بها. انظر: «تاج العروس» فصل اللام، باب النون (٩/ ٣٢٨) (لَبنَ).

ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه[1]؛ لأنه يبعد من الماء ويقرب، وربما يحتاج إلى نقل التراب أيضاً. ولا يجب عليه إقامتها حتى تجف[2]، خلافاً لأبي حنيفة[3].

ولو استأجر لطبخ اللبن فطبخ، لم[4] يجب عليه الإخراج من الأتون[5]، خلافاً له[6].

ومنها: إذا استأجر لبناء، قدّر بالزمان أو بالعمل. فإن قدّر بالعمل، بيّن موضعه وطوله وعرضه وسمكه، وما يبني به[7] من الطين أو اللبن[8] أو الآجر[9]. وإن استأجر للتطيين أو التجصيص[10] قدّر بالزمان، ولا سبيل فيه إلى تقدير العمل، فإنّ سمكه لا ينضبط رقةً وثخانة.

---

(١) وكذا «موضع الماء والتراب». «المهذب» (١٥/ ٢٧).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٧).

(٣) عند أبي حنيفة: يلزمه إقامة اللبن لا تجفيفه، لأن المستحق عليه أن يصير الطين لبناً، وبإقامته خرج من أن يكون طيناً، حيث إن الطين ينتشر على وجه الأرض وفي الإقامة تسوية لأطرافه.
وعند الصاحبين: يلزمه التجفيف أيضاً. انظر: «المبسوط» (١٦/ ٥٧)، «الاختيار» (٢/ ٥٦).

(٤) قوله: (لم) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) الأتون: كتنور وقد يخفف وهو الموقد، وقيل: أخدود الجيّار والجصّاص ونحوه. انظر: «تاج العروس» فصل الهمزة، باب النون (٩/ ١١٨) (أتن).

(٦) وهذا لأن طبخه من تمام صنعه، بمنزلة إخراج الخبز من التنور، لأنه لو تركه كذلك فسد. وكذلك الآجر لا ينتفع به قبل ذلك. انظر: «المبسوط» (١٦/ ٥٨)، «الاختيار» (٢/ ٥٦).

(٧) كذا في (ز)، وفي (ي): (فيه)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (منه).

(٨) قوله: (أو اللبن) زيادة في (ز).

(٩) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٧).

(١٠) التجصيص: من الجص بالفتح وبكسر وهو الأفصح، وهو ما يبنى به. انظر: «تاج العروس» فصل الجيم، باب الصاد (٤/ ٣٧٧) (جصّ).

ومنها: إذا استأجر كحالاً ليداوي عينه[١]، قدّر بالمدة دون البرء، فإن برئت عينه[٢] قبل تمامها، انفسخ العقد في الباقي[٣]. ولا يقدّر بالعمل؛ لأن قدر الدواء لا ينضبط، ويختلف بحسب الحاجة.

ومنها: إذا استأجر للرعي: وجب بيان المدة وجنس الحيوان. ثم يجوز العقد على قطيع معين، ويجوز في الذمة، وحينئذ:

فأظهر الوجهين ـ عند الشيخ أبي إسحاق الشيرازي[٤] ـ: أنه يجب بيان العدد[٥].

والثاني ـ وبه أجاب ابن الصباغ والقاضي الروياني ـ: أنه لا يجب، ويحمل على ما جرت العادة أن[٦] يرعاه الواحد. قال الروياني: وهو مئة رأس من الغنم على التقريب.

وإن توالدت، حكى ابن الصباغ: أنه لا يلزمه رعي أولادها إن ورد العقد على أعيانها، وإن كان في الذمة لزمه.

ومنها: إذا استأجر نسّاخاً ليكتب له، بيّن عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة[٧]، ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة، والقياس جوازه، وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشي، والقطع الذي يكتب فيه.

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: (عينيه).

(٢) في (ط الفكر): (عينيه)، وفي (ط العلمية): (عيناه).

(٣) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٤٣٦).

(٤) «المهذب» (١٥/ ٢٦).

(٥) وكذا عند القفال الشاشي. «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٦).

(٦) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (أن)، و(ز): (بأن).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٤).

الصفحة: هي وجه الورق، والجمع صفحات. والصفحة والصفح من كل شيء الجانب.

والصحيفة: الكتاب، أو قطعة من جلد أو قرطاسٍ كتب فيه، وجمعها صحائف وصحف. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٣٤) (الصحفة)، (١/ ٣٤٢) (صفحت)، «تاج العروس» فصل الصاد، باب الحاء (٢/ ١٨٠) (صفح)، فصل الصاد، باب الفاء (٦/ ١٦١) (تصحّف).

فرع:

يجوز الاستئجار لاستيفاء الحد والقصاص[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢] في قصاص النفس.

فرع آخر:

يجوز الاستئجار لنقل الميتة عن[٣] الدار إلى المزبلة، والخمر لتراق، ولا يجوز نقل الخمر من بيت إلى بيت[٤]، خلافاً لأبي حنيفة[٥].

قال:

(أما الأراضي: فما يُطلَبُ للسُّكنى: يرى المستأجرُ مواضعَ الغَرَض؛ فينظرُ في الحَمّام إلى البيوت[٦]، وبئر الماء، ومَبسَطِ[٧] القُماش[٨]، والأَتُّونِ والوَقود.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٧/ ٩٠)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٤١).

(٢) وهذا لأن الإجارة تقع على مجهول، لأنه لا يدري في أي موضع تقع الضربة، ويجوز في ما دون النفس، لأنه يفصل من المفصل وهو معلوم. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤)، «المبسوط» (١٦/ ٣٩ - ٤٠).

(٣) في (ز): (من).

(٤) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٣٨٣).
وقال النووي: «ولا لسائر المنافع المحرمة كالزمر والنياحة، وكما يحرم أخذ الأجرة في هذا، يحرم إعطاؤها». «روضة الطالبين» (٥/ ١٩٤).

(٥) هذا عند أبي حنيفة، لأن نفس الحمل ليس بمعصية، بدليل حملها للإراقة والتخليل. كما أنه ليس بسبب للمعصية وهو الشرب، لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٠)، «المبسوط» (١٦/ ٣٨).

(٦) في (ز): (فينظر إلى الحمام في البيوت).

(٧) في (ز): (مبسط)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (مسقط).

(٨) القماش: متاع البيت، والقمّاش من يبيع الأمتعة. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب الشين (٤/ ٣٤١) (قمش).

ويُعرَّفُ قدرُ المنفعةِ بالـمُدّة؛ فإن آجرَ سَنةً فذاك، فإن زاد فالأصحّ (و) أنه جائزٌ ولا ضَبْط، وفيه[١] قولان آخَران؛ أحدُهما: أنه لا يُزادُ على السَّنة؛ لأنّه مُقيَّدٌ بالحاجة، والثاني: أنه[٢] لا يُزادُ على ثلاثينَ سَنة[٣].

ولو آجَرَ سنتَينِ[٤] ولم يُقدِّرُ حِصّةَ كلِّ سَنةٍ من الأُجرة؛ فالأصحُّ (و) الجوازُ؛ كما في الأشهرِ من سنةٍ واحدةٍ. ولو قال: «آجرتُك شهراً بدرهم، وما زادَ فبحِسابِه»، فهو فاسد؛ إذْ لم يُقدِّرْ جُملتَه. وقيل: إنه يصحُّ في الشهرِ الأوَّلِ ويَفسُدُ في الباقي).

النوع الثاني: العقارات، وتستأجر لأغراض؛ منها:

السُّكنى: فإذا استأجر داراً، وجب أن يعرف موضعها، وكيفية أبنيتها؛ لاختلاف الغرض باختلافها، وفي الحمام يعرف البيوت، والبئر التي يسقى منها ماؤه، والقدر التي يسخن فيها، والأتون وهو موضع الوقود، ومبسط القماش، والذي يُجمع للأتون من السرجين ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود ومطرح الرماد، والمستنقع الذي يجتمع فيه الماء الخارج من الحمام، وعلى هذا قياس سائر المساكن[٥].

وقوله في الكتاب: (يرى المستأجر مواضع الغرض، فينظر في الحمام)،

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فيه).

(٢) قوله: (أنه) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (ثلاث سنين).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (سنين).

(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٦٧).

مبني على أن إجارة الغائب لا تجوز. أما إذا جوزناها، فلا تعتبر الرؤية، بل يكفي الذكر والبيان[١].

وقوله: (ومبسط القماش والأتون والوقود)، الوجه: أن يقدم[٢] لفظ الوقود ليصير المعنى، ومبسط القماش، وموضع الوقود والأتون، وهذا لفظه في «الوسيط»[٣]. فأما نفس الوقود فلا حاجة إلى رؤيته، ولا هو داخل في بيع الحمام وإجارته[٤]، كالأزر والأسطال والحبل والدلو.

وذكر في «الشامل» في رؤية قدر الحمام: أنه[٥] إما أن يشاهد داخلها من الحمام، أو ظاهرها من الأتون، والقياس على اعتبار الرؤية: أن يشاهد الوجهين عند الإمكان، كما تعتبر مشاهدة وجهي الثوب.

وفي «شرح المفتاح»: أنه لا بد (في إجارة الدار)[٦] من ذكر عدد السكان من الرجال والنساء والصبيان، ثم لا منع[٧] من[٨] دخول زائر وضيف، وإن بات فيها ليالي[٩]، ثُمَّ لا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة.

---

(١) قوله: (والبيان) زيادة في (ز).

(٢) في (ي)، (ط الفكر): (تقدم).

(٣) «الوسيط» (٤/ ١٦٧).

(٤) في (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (وإجارتها).

(٥) قوله: (أنه) سقط من (ز).

(٦) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): قوله هذا في آخر هذه العبارة.

(٧) كذا في (ز)، وفي (ي): (يمنع)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (يمتنع).

(٨) قوله: (من) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٩) قال النووي: «هذا الاشتراط لا يعرف لغيره، والمختار: أنه لا يعتبر، لكن يسكن فيها من جرت العادة به في مثلها. وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب، فلا عدول عنه». «روضة الطالبين» (٥/ ١٩٥).

ولما كانت منافع هذه العقارات لا تتقدر إلا بالمدة كما ذكرنا في الفصل السابق تكلم في مدة الإجارة في هذا الموضع، وفيها مسائل:

إحداها: في إجارة الشيء أكثر من سنة قولان:

أحدهما: المنع؛ لأن الإجارة عقد على معدوم جوز رخصة للحاجة[١]، والحاجة تندفع بالتجويز سنة؛ لأنها مدة تنظيم الفصول، وتتكرر فيها الزروع والثمار، والمنافع تتكرر بتكررها[٢].

وأصحهما: الجواز، كما يجوز الجمع في البيع بين أعيان كثيرة[٣]، وهذا ما أجاب به في «المختصر»[٤]، فقال: «وله أن يؤجر داره وعبده ثلاثين سنة»، وعلى هذا فطريقان:

أحدهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه لا يجوز الزيادة على ثلاثين سنة؛ لأنها نصف العمر[٥]، والغالب ظهور التغيير على الشيء بمضي هذه المدة، فلا حاجة إلى تجويز الزيادة عليها.

وأصحهما: أنه لا تقدير[٦] كما لا تقدير[٧] في جميع[٨] الأعيان المختلفة في البيع.

---

(١) قوله: (للحاجة) سقط من (ز).

(٢) كما أن الإجارة غرر، فإن قل الزمان قل الغرر، وإن طال الزمان كثر الغرر، فيطلق الإجارة كالخيار. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٥).

(٣) وبدليل قصة شعيب مع موسى عليه السلام. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٣).

(٤) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٣)، «الحاوي» (٩/ ٢٢٦).

(٦) كذا في (ز)، وفي غيرها: (تقدر).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تقدر).

(٨) قوله: (جميع) سقط من (ي)، (ط الفكر).

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره المُزَنيّ على التمثيل؛ للكثرة لا للتحديد[١]. وعلى هذا فهل من ضابط؟ قال معظم الأصحاب: يجب أن تكون المدة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً[٢]، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر إلى عشر سنين، والثوب إلى سنتين أو سنة على ما يليق به، والأراضي إلى مئة وأكثر[٣].

وفي «كتاب القاضي ابن كج»: أن العبد يؤجر إلى مئة وعشرين سنة من عمره.

وقال بعضهم: يصح، وإن كانت المدة بحيث لا تبقى إليها العين في الغالب؛ اعتماداً على أن الأصل الدوام والاستمرار، فإن هلك بعارض فهو كانهدام الدار ونحوه في المدة.

وحاصل هذا الترتيب أربعة أقوال: التقدير بسنة[٤]، التقدير بثلاثين سنة، الضبط بمدة بقاء ذلك الشيء غالباً، ومنع الضبط والتقدير من كلّ وجه.

وقوله: (فالأصحّ أنه جائز ولا ضبط)، يجوز أن يُحمل على ما قاله المعظم. ويقال: المعنى أنه لا ضبط بعد كون المدة بحيث يبقى إليها الشيء[٥]. ويجوز أن يجرى على ظاهره فيكون اختياراً للقول الرابع، وقد اختاره غيره من[٦] أصحاب الإمام.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٦)، «التهذيب» (٤/ ٤٣٣).

(٢) ذكر الماوردي: أن أقل مدة: هو ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها، وأكثر مدة: ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٦).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٣).

(٤) قوله: (التقدير بسنة) سقط من (ط العلمية).

(٥) في (ط العلمية): (شيء).

(٦) في (ط الفكر): (اختاره عن).

وقوله: (وفيه قولان آخران)، يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة القاطعة[١] لقول التقدير بالثلاثين. وقوله: (لا يُزادُ على السّنة)، و(لا يُزادُ على ثلاثينَ سَنة)، مُعلَمان بالحاء[٢] والميم[٣] والألف[٤]؛ لأن عندهم لا تقدير.

وحكم الوقف في مدة الإجارة حكم الملك. قال أبو سعيد المتولي: إلا أن الحكام اصطلحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين في عقد واحد[٥]؛ لئلا يندرس الوقف. وهذا الاصطلاح غير مطرد، وهو قريب مما حكوه عن أبي حنيفة[٦] في منع إجارة الوقف أكثر من ثلاث سنين في عقد واحد.

وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي»: أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة واحدة[٧] إذا لم تمس إليها الحاجة لعمارة وغيرها، وهو غريب[٨].

المسألة الثانية: إن جوزنا الإجارة أكثر من سنة، فهل يجب تقدير حصة كل سنة؟ فيه[٩] قولان:

---

(١) في (ي)، (ز): (الثانية).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨١).

(٣) انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٤٠٩ - ٤١٠)، «الشرح الكبير» (٤/ ١٢).

(٤) انظر: «الإنصاف» (٦/ ٤٠).

(٥) قوله: (في عقد واحد) سقط من (ز)، (ط العلمية).

(٦) قال في «الاختيار» (٣/ ٤٧): «المتقدمون من أصحابنا قالوا: يجوز إجارته أي مدة كانت. والمتأخرون قالوا: لا يجوز أكثر من سنة، لئلا يتخذ ملكاً بطول المدة فتندرس سمة الوقفية، ويتسم بسمة الملكية، لكثرة الظلمة في زماننا وتغلبهم واستحلالهم. وقيل: يجوز في الضياع ثلاث سنين، وفي غير الضياع سنة وهو المختار».

(٧) قوله: (واحدة) زيادة في (ط العلمية).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (قريب)، والمثبت من (ي)، (ز)، وهو يوافق ما في «روضة الطالبين» (٥/ ١٩٦).

(٩) قوله: (فيه) زيادة في (ز).

أصحهما: لا، كما لو باع أعياناً صفقة واحدة لا يجب تقدير حصة كل عين منها، وكما لو آجر سنة لا يجب تقدير حصة كل شهر.

والثاني-ويحكى عن رواية الربيع[١] وحرملة والـمُـزَنيّ في «الجامع الكبير» ـ: نعم؛ لأن المنافع تتفاوت قيمها بالسنين، وربما تهلك العين في المدة فيتنازعان في قدر الواجب من الأجرة[٢].

ومن قال بالأول، قال[٣]: توزع الأجرة المسماة على قيـمة منافـع السنين، فينقطع النزاع. وبَنى بعضهم القولين على القولين في ما إذا أسلم في شيئين، أو في شيء إلى أجلين[٤]:

ففي قول: يجوز؛ أخذاً بظاهر السلامة[٥].

وفي قول: لا؛ لما عساه أن[٦] يقع من الجهالة بالأجرة.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (فالأصحّ الجواز)، بالواو[٧]؛ لأن القاضي أبا القاسم بن كجّ، حكى طريقة أخرى[٨] قاطعة بأنه لا يجب التقدير، واختارها مذهباً.

---

(١) قال الشافعي: «وكذلك إذا تكارى الرجل من الرجل الأرض عشر سنين بمئة دينار، لم يجز حتى يسمي لكل سنة شيئاً معلوماً». «الأم» (٤/ ٢٢).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٦ - ٢٢٧).

(٣) قوله: (قال) زيادة في (ز).

(٤) قال الماوردي: «وهذان القولان كاختلاف قوليه في السلم إذا جمع أشياء مختلفة أو إلى آجال مختلفة». «الحاوي» (٩/ ٢٢٧).

(٥) في (ط الفكر): (المسألة).

(٦) قوله: (أن) سقط من (ز).

(٧) قوله: (بالواو) سقط من (ز).

(٨) قوله: (أخرى) سقط من (ز).

المسألة الثالثة: قول العاقد: «أجرتك شهراً» أو «سنة»، محمول على ما يتصل بالعقد في أظهر الوجهين[١]، وبه قال أبو حنيفة[٢]؛ لأنه المفهوم[٣] المتعارف.

والثاني ـ وبه قال أحمد[٤] ـ: لا بد وأن يقول: «من الآن»، وإلا فهو كقوله: «بعتك عبداً من العبيد».

ولو قال: «آجَرتك شهراً من السنة»، قال الإمام[٥]: يفسد العقد بلا خلاف؛ للإبهام، واختلاف الأغراض.

وإذا قال: «آجَرتك هذه الدار كل شهر بدرهم من الآن»: لم تصح الإجارة؛ لأنه لم يبين لها مدة. وعن «الإملاء»: أنه[٦] يصح في الشهر الأول؛ لأنه معلوم، والزيادة مجهولة[٧]، وبه قال الإصطخري[٨].

ولو قال: «آجَرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم»: لم يصح[٩]. وعن ابن سريج: أنه يصح في شهر واحد دون ما زاد. ورجحوا الأول، واحتجوا له بأنه لم يضف الإجارة إلى جميع السنة.

---

(١) وصححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٣١).

(٢) انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٢٨)، «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨١).

(٣) قوله: (المفهوم) سقط من (ز).

(٤) انظر: «الكافي» (٢/ ٣١٠).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١١٢).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أن).

(٧) وقال الماوردي: «الأصح أنها باطلة، لكونه واحداً من عدد مجهول فلم يتميز في الحكم». «الحاوي» (٩/ ٢٢٧). انظر: «المهذب» (١٥/ ١٢)، «التهذيب» (٤/ ٤٣٢).

(٨) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٢).

(٩) لأنه لم يضف إلى جميع السنة. ولو قال: «آجرتك هذه السنة كل شهر بكذا»، يجوز. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣١ - ٤٣٢).

وفي «النهاية»[١]: أن الأئمة بمثله أجابوا في ما إذا قال: «بعتك كل صاع من هذه الصبرة[٢] بدرهم»، وقالوا: إنه لم يضف البيع إلى جميع الصبرة، بخلاف ما إذا قال: «بعتك هذه الصبرة» كل صاع بدرهم.

وكان ينبغي أن يفرق بين أن يقول: «بعتك كل صاع من هذه الصبرة[٣] بدرهم»، فيجعل كما لو قال: «بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم»، فيصحح العقد في الجميع، وبين أن يقول: «بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم»، فيحكم بالبطلان هاهنا، أو يصحح في صاع واحد كما حكيناه عن ابن سريج في البيع[٤]، وكذلك ينبغي أن يفرق[٥] في الإجارة.

وقد وفّى بالقضية المذكورة الشيخ أبو محمد، فسوّى بين قوله: «بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم»، وبين قوله: «بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم»، وصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين.

ثم اعلم أن عامة النقلة إنما نقلوا التجويز في شهر واحد عن ابن سريج في ما إذا ضبط الأشهر بالسنة. أما إذا أطلق وقال: «كل شهر بدرهم»، فالخلاف فيها منسوب إلى «الإملاء» واختيار الإصطخري كما سبق. والفرق بين الصورتين بيّنٌ.

وحكى الإمام[٦] والمصنف في «الوسيط»[٧] التجويز في شهر عن ابن سريج

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١١٣).

(٢) قوله: (من هذه الصبرة) سقط من (ي).

(٣) قوله: (من هذه الصبرة) سقط من (ط الفكر).

(٤) انظر ما سلف (٥/ ٤٠٧).

(٥) في (ي)، (ط الفكر): (يقول).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١١٣).

(٧) قوله: (في الوسيط) سقط من (ز). «الوسيط» (٤/ ١٦٩).

مع التصوير في ما إذا أطلق ذكر الشهر[١]، ولم يساعدا عليه.

وقوله هاهنا: (لو قال: آجرتك شهراً بدرهم وما زاد فبحسابه)، أراد به الصورة الأولى أو الثانية[٢] حيث حكى الخلاف فيه.

وأما ما يشعر به اللفظ فلا يجري[٣] فيه خلاف؛ لأن قوله: «آجرتك شهراً بدرهم» إما أن يُحمل على شهرٍ غير معين، أو على الشهر المتصل باللفظ: إن كان الأول، فلا خلاف في فساد الإجارة. وإن كان الثاني، فالشهر الأول[٤] مفرد بالعقد مقـابل بالعوض، فيصح العقد فيه بلا خلاف. وكذلك أورده صاحب «المهذب»[٥] وغيره.

واعلم أن الحكم في مدة الإجارة، كالحكم في أجل السّلم[٦]، في أن مطلق الشهر يحمل على العربي[٧]، وكذا السنة[٨]. وفي[٩] أنه إذا قيد بالعدد، أو قال: «سنة رومية» أو «فارسية» أو «شمسية»[١٠]، كان الأجل ما ذكره. وفي[١١] أن العقد

(١) في (ز): (الأشهر).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (والثانية).

(٣) في (ز): (يجيء).

(٤) قوله: (الأول) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٥) «المهذب» (١٥/ ١٢).

(٦) انظر: «المهذب» (١٥/ ١٢)، «التهذيب» (٤/ ٤٣١).

(٧) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (أمرين).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في).

(١٠) السنة الشمسية: هي مقدار قطع الشمس البروج الاثني عشر. والقمرية: هي تمام اثنتي عشرة دورة للقمر. انظر: «المعجم الوسيط» (١/ ٤٧٤) (السنة).

(١١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (في).

إذا انطبق على أول الشهر، اعتبر ذلك الشهر وما بعده بالأهلة، وإن لم ينطبق، تمم المنكسر بالعدد من الآخر، ويحسب الباقي بالأهلة[١]، وفي سائر المسائل المذكورة في السلم.

وفي التأجيل بالسنة الشمسية، وجه: أنه لا يجوز[٢]، وهو قريب من الوجه المذكور هناك في التأقيت بِفِصح[٣] النصارى[٤].

ولو قال: «آجرتك شهراً من هذه السنة»: فإن لم يكن بقي من السنة إلا شهر، صح. وإن بقي أكثر من شهر لم يصح؛ للجهالة. هكذا ذكره في «التهذيب»[٥] و«التتمة».

والحكم بالبطلان في ما إذا كان الباقي أكثر من شهر: يجوز أن يكون تفريعاً[٦] على قولنا: إن الشهر المطلق لا يُحمل[٧] على المتصل بالعقد. ويجوز أن يحكم بالبطلان مع قولنا: إن الشهر المطلق محمول على المتصل بالعقد[٨].

ويقال: التعقيب بقوله: «من هذه السنة»، يمنع من فهم الشهر المتصل بالعقد، ويوقع التردد بينه وبين سائر الشهور.

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ١٢ - ١٣)، «التهذيب» (٤/ ٤٣١).

(٢) انظر: «المهذب» (١٥/ ١٣)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٣).
قال النووي: «وهو شاذ». «روضة الطالبين» (٥/ ١٩٧).

(٣) الفِصح: هو عيد الفطر عند النصارى، الذي يأكلون فيه اللحم بعد الصيام. وصومهم ثمانية وأربعون يوماً، ويوم الأحد الكائن بعد ذلك هو العيد. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٧٢) (فصح).

(٤) وأشار أبو إسحاق الشيرازي إلى جوازه، لأن المدة معلومة. «المهذب» (١٥/ ١٣).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٣١).

(٦) في (ز): (مفرعاً).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (محمول).

(٨) من قوله: (ويجوز أن) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

قال:

(ولو قال: «آجَرتُك الأرض»، ولم يُعيِّنْ البناءَ والزراعةَ والغِراس؛ لم يجُز؛ لأنّه مجهول، ولو قال: «لتنتفعَ به ما شئت» جاز (و). ولو قال: «آجَرتُك للزراعة» ولم يَذكُرْ ما يُزرَع، ففيه خلاف، لأنّ التفاوُتَ فيه قريب.

ولو قال: «أكرَيتُك؛ إن شئتَ فازرَعْها، وإن شئتَ فاغرِسْها»؛ جازَ على الأصحّ (و)، ويتَخيَّر؛ كما لو قال: «انتفعْ[1] كيفَ شئت». ولو قال: «أكريتُك فازرَعْها واغرِسْها[2]» ولم يَذكُرْ القَدْر؛ فهو فاسد. وقيل: إنه يُنزَّلُ على النِّصف.

ولو اكترى الأرضَ للبناءِ وجبَ تعريفُ عَرْضِ البناءِ ومَوضِعِه. وفي تعريفِ ارتفاعِه خلاف (و).).

ومما تستأجر له الأرض: البناء والزراعة والغراس، فلو قال: «آجرتك هذه الأرض» ولم يذكر البناء ولا غيره وهي صالحة للكل، لم يصح[3]؛ لأن منافع هذه الجهات مختلفة، وكذا ضررها اللاحق بالأرض، فوجب التعيين[4]، كما لو آجَر بهيمة لا يجوز الإطلاق[5].

---

(١) في (ز): (انتفع به).

(٢) قوله: (واغرسها) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر): (مما تصح).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ١٣).

قال الغزالي: «ولو اقتصر على قوله: «أكريتك»، فسد، لأنه لم يعين منفعة، ولا فوّض إلى مشيئته». «الوسيط» (٤/ ١٦٩).

(٥) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٠ - ٢١).

هذا جواب الأصحاب في هذا الموضع، وقد رووه[١] متفقاً عليه، حتى احتجوا به لأحد الوجهين في ما لو أعار الأرض مطلقاً، كما سبق في العارية[٢]. لكنا قد نقلنا في مسألة إجارة[٣] الأرض التي لا ماء لها، تصريحهم بجواز الإجارة مطلقاً. فيشبه أن تكون إجارتها[٤] مطلقاً، على وجهين كإعارتها، والظاهر المنع فيهما، وما ذكروه في إجارة الأرض التي لا ماء لها، مفرع على الوجه الآخر أو مؤول.

ولو آجَر داراً أو بيتاً، لم يحتج إلى ذكر السكنى؛ لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى، ووضع المتاع فيها، وليس ضررهما بمختلف[٥]، فيجوز الإطلاق[٦]. كذا ذكروه.

ويجوز أن يمنع، فيقال: كما تستأجر الدار للسكنى، كذلك تستأجر لتتخذ مسجداً، ولعمل الحدادين والقصارين، ولطرح المزابل[٧] فيها، وهي أكثر ضرراً، ألا ترى أنه إذا استأجر للسكنى، لم يكن له شيء من هذه الانتفاعات؟ فإذن، ما جعلوه مبطلاً في إجارة الأرض مطلقاً، موجود في الدار.

ولئن قيل: الإجارة لا تكون إلا لاستيفاء منفعة، فإذا آجَر الدار وأطلق نُزِّل

---

(١) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (رأوه).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٢٨٢).

(٣) قوله: (إجارة) سقط من (ز).

(٤) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الإجارة).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ضررها مختلف).

(٦) «لأنه معلوم بالعرف فاستغني عن ذكرها، كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف». «المهذب» (١٥/ ١٣).

(٧) في (ي)، (ز): (الزبل).

على أدنى الجهات ضرراً وهي السكنى ووضع المتاع، لزم في إجارة الأرض[١] مثله حتى ينزل على أدنى الجهات ضرراً وهي الزراعة، ويصح العقد بها.

وهذا الإشكال ينساق إلى أنه لا بد في استئجار الدار من بيان «أنه يستأجر للسكنى» أو «للعمارة[٢] فيها»، وقد أجاب به بعض شارحي «المفتاح».

ولو قال: «آجرتك هذه الأرض لتنتفع[٣] بها ما شئت»: فمنقول الإمام[٤] وصاحب الكتاب: أن الإجارة صحيحة، وله أن ينتفع[٥] ما شاء؛ لرضاه[٦].

وفي «التهذيب»[٧] وجه آخر: أنها لا تصح، كما لو قال: «بعتك من هؤلاء العبيد من شئت».

ولو قال: «آجرتكها للزراعة» ولم يذكر ما يزرع، أو «للبناء» أو «للغراس» وأطلق، فوجهان ـ كالوجهين المذكورين[٨] في ما إذا أعار الأرض للزراعة ولم يبين المزروع[٩] ـ: وأظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: الجواز[١٠].

---

(١) قوله: (الأرض) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ز): «للعمل»(م ع).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (تنتفع).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٥٢).

(٥) في (ي)، (ز): (يصنع).

(٦) ويجوز حينئذ البناء والغراس والزراعة وكل ما أمكن من المنفعة. انظر: «الوسيط» (٤/ ١٦٩).

(٧) قال البغوي: «ولو اكتراه ليصنع ما شاء، فيه وجهان:

أحدهما: يصح، وله أن يزرع ويغرس ويبني.

والثاني: لا يصح، لكثرة الجهالة». «التهذيب» (٤/ ٤٨٦). انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٢٠٠).

(٨) قوله: (المذكورين) سقط من (ي).

(٩) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الزرع).

«والأصح جوازه، وله أن يزرع ما شاء». «التهذيب» (٤/ ٢٨٢).

(١٠) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٦٩). وهذا «لأن التفاوت بين الزرعين يقل» «المهذب» (١٥/ ١٣).

وبالمنع قال أبو حنيفة[١] وابن سريج، ونقله القاضي ابن كجّ عن نصّه في «الجامع الكبير»، وحكى الأول[٢] ـ عن تخريج ابن القطان ـ حكاية الشيء الغريب.

ومن جوّز، قال: له أن يزرع ما شاء؛ لإطلاق اللفظ. وكان يجوز أن ينزل على أقلّ الدرجات.

ولو قال: «آجرتكها لتزرع ما شئت»: صحت الإجارة وزرع ما شاء. نصّ عليه[٣].

وعن رواية ابن القطان وجه: أنها فاسدة، كما لو قال: «بعتك من هذه الأثواب ما شئت[٤]». ولو قال: «آجرتكها لتزرع أو تغرس»، لم يصح[٥]. ولو قال: «إن شئت فازرعها، وإن شئت فاغرسها»:

فأصح الوجهين ـ على ما ذكر في الكتاب[٦] ـ: صحة الإجارة، ويخير المستأجر.

والثاني: المنع، كما لو قال: «بعتك بألف مكسرة إن شئت، وصحيحة[٧] إن

---

(١) وهذا لأن تضرر الأرض بالزراعة مختلف باختلاف المزروع، والمزروع منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة، فلا بد من البيان. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٣)، «الاختيار» (٢/ ٥٢).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (للأول).

(٣) قال الشافعي: «وإن قال له: «ازرعها ما شئت»، فلا يمنع من زرع ما شاء». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٩).

(٤) من قوله: (ولو قال آجرتكها) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٧).

(٦) وكذا في «الوسيط» (٤/ ١٦٩).

(٧) في (ز): «أو صحيحة».(م ع).

شئت». واستشهد في الكتاب للوجه الأول، بما إذا[١] قال: «لتنتفع كيف شئت[٢]»، لكنا حكينا الخلاف فيه أيضاً، فلا فرق.

ولو قال: «أكريتك فازرعها واغرسها» أو «لتغرسها وتزرعها»، ولم يبين القدر، فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن سلمة ـ: يصح، وينزل على النصف. وعلى هذا، فله أن يزرع الكل؛ لجواز العدول من الغراس إلى الزرع، ولا يجوز أن يغرس الكل.

وأقربهما ـ وبه قال الـمُـزَنيّ وابن سريج وأبو إسحاق ـ: أنه لا يصح؛ لأنه لم يبين كم يزرع؟ وكم يغرس؟، بل لو قال: «لتزرع النصف، وتغرس النصف»، فعن القفال: أنه لا يصح؛ لأنه لم يبين المغروس والمزروع، فصار كما إذا قال: «بعتك أحد هذين العبدين[٣] بألف والآخر بخمسمئة»[٤].

ويجب في استئجار الأرض للبناء: بيان موضعه وطوله وعرضه. وفي بيان قدر ارتفاعه وجهان ذكرناهما[٥] في كتاب الصلح[٦] بتوجيههما، والأظهر ما أجاب به في الكتاب هناك[٧]، وهو أنه لا حاجة إليه، بخلاف ما إذا استأجر سقفاً للبناء.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بماذا).

(٢) في (ز): (كيفما شئت).

(٣) قوله: (العبدين) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٧).

(٥) في (ي)، (ز): (ذكرناهما)، وفي (ط العلمية): (ذكرهما).

(٦) انظر ما سلف (٧/ ٣٧٥).

(٧) قال الغزالي: «ويجب أن يذكر قدر البناء وكيفية الجدار، لاختلاف الغرض في تثاقله، ولو باع حق البناء على الأرض لم يجب (و) ذكر ذلك». «الوجيز» (١/ ١٨٠).

قال:

(أما الدوابّ:

فإن استُؤجِرَت للرُّكوب: عرَفَ (م) الآجِرُ[١] الراكبَ برؤيةِ شخصِه، أو سَماع صفتِه في الضخامةِ والنَّحافة؛ ليَعرِفَ[٢] وزنَه تخميناً. ويَعرفُ الـمِحمَلَ[٣] (ح) بالصفةِ في السِّعةِ والضيقِ وبالوزن. فإنْ ذكرَ الوزنَ دونَ الصفةِ أو بالعكسِ ففيه خلاف (و)، ويَعرِفُ تفاصيلَ الـمَعاليق[٤]. فإن شرَطَ المعاليقَ مُطلَقاً فهو فاسدٌ (ح م) على النصّ؛ لتفاوتِ الناسِ فيه.

والمستأجِرُ يعرفُ الدابّةَ ـ برؤيتِها أو بوصفِها إن أُورِدَت الإجارةُ على العَينِ ـ أهي فرسٌ أم بغلٌ أم ناقةٌ أم حمارٌ؟ وفي ذكرِ كيفيةِ السيرِ مِن كونِه[٥] مُهَمْلَجاً[٦] أو بَـحْراً[٧]: خلاف (و).

---

(١) في (ز): (المؤجر).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ليعرف).

(٣) المحمل: على وزن مَجْلِس ومِقْوَد وهو الهودج. أو هو شقان على البعير يُحمل فيهما العديلان، وأول من اتخذها الحجاج بن يوسف الثقفي، وجمعه: محامل. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٥٢) (الحمل)، «تاج العروس» فصل الحاء، باب اللام (٧/ ١٨٩) (حمل).

(٤) المعاليق: جمع مِعلاق بالكسر، والمقصود هنا: ما يعلق بالزاملة نحو القمقمة والقربة والمطهرة. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٢٥ – ٤٢٦) (علقت).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (كونها).

(٦) المُهَملج: من الهَمْلَجة وهو فارسي معرب وهو: حسن سير الدابة في سرعة. انظر: «تاج العروس» فصل الهاء، باب الجيم (٢/ ١١٧)، «المصباح المنير» (٢/ ٦٤١) (هملج).

(٧) البحر: أصل البحر مكان واسع جامع للماء الكثير، ويطلق مجازاً على الجواد فيقال: بحراً، إذا كان واسع الجري. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الراء (٣/ ٢٧) (بَحَر).

ويُعرِّفُ تفصيلُ السَّيرِ والسُّرى[١]، ومِقدَارُ الـمَنازل، ومحلُّ النزول؛ أهو القُرى أو الصحراء؟ إن لـم يكنْ للعُرْفِ فيه ضَبْط. وإن كان فالعُرْفُ مُتَّبع).

النوع الثالث: الدواب[٢]، وتستأجر لأغراض: منها: الركوب، وفيه مسائل:

إحداها: يجب أن يعرف المؤجر الراكب، وفي طريق معرفته وجوه:

قيل: الطريق المشاهدة[٣]؛ لأن الغرض يتعلق بثقل الراكب وخفته بالضخامة والنحافة، وكثرة الحركات والسكنات، والوصف الذي لا يفي بذلك.

ومنهم من قال: إن كان غائباً، وصفه وذكر وزنه.

وقال آخرون: بل[٤] يذكر صفته في الضخامة والنحافة؛ ليعرف وزنه تخميناً. وهذا ما ذكره الإمام[٥] وصاحب الكتاب.

وأكثر الأصحاب على اعتبار المشاهدة، لكن إلحاق الوصف التام بها[٦] أشبه في المعنى؛ لأنه يفيد التخمين كالمشاهدة.

ويجوز أن يعلم قوله: (عرف الـمؤجر الراكب)، بالميم؛ لأن الحكاية عن مالك[٧]: أنه يجوز فيه الإطلاق؛ لتفاوت أجسام الناس غالباً.

---

(١) السُّرَى: هو أول الليل وأوسطه وآخره. يقال سَرَيْتُ الليل إذا قطعته بالسير. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٧٥) (سريت).

(٢) قوله: (الدواب) سقط من (ي).

(٣) قطع به في «الحاوي» (٩/ ٢٣٣)، و«المهذب» (١٥/ ٢١).

(٤) قوله: (بل) سقط من (ز)، وفيها: (بذكر).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٤٤).

(٦) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (بهذا).

(٧) وبناء عليه: يلزم المؤجر حمل ما يأتي به المستأجر من ذكر أو أنثى، إلا إن كان فادحاً فلا يلزمه =

الثانية: إن كان الراكب مجرداً ليس معه ما يركب عليه، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه. لكن المؤجر يركبه على ما يشاء من سرج أو إكاف وزاملة[1]، على ما يليق[2] بالدابة[3]. وإن كان يركب على رحل له[4] أو فوق زلّية[5] أو فوق[6] محمل أو عمارية[7]، أو في غير الإبل أراد الركوب على سرج أو إكاف، وجب ذكره.

وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات، فإن شاهدها كفى، وإلا فإن كانت سروجهم ومحاملهم[8] وما في معناها على وزن[9] وتقطيع لا يتفاحش[10] فيه التفاوت،

= حمله، ومثله المريض الذي جزم أهل المعرفة بأنه يُتعب الدابة أو يغلب عليه النوم أو عادته عقر الدواب بركوبه. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٣٥ - ٣٦).

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو إكاف زاملة).

الزاملة: فاعلة من الزمل وهو الحمل، والزاملة هي التي يحمل عليها طعام الرجل ومتاعه في سفره من الإبل وغيرها، والجمع زوامل. ويقال للبعير زاملة، لأنه يحمل متاع المسافر. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب اللام (٧/ ٣٦٠) (زمل)، «المصباح المنير» (١/ ٢٥٥) (زمّلته).

(٢) في (ي): (أو إكاف هذا كله ما يليق).

(٣) في (ي)، (ط الفكر): (بالعادة).

(٤) قوله: (له) زيادة في (ز).

(٥) (زلية): كذا في (ي)، وفي (ز)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (زاملة).

زِلِّيَّة ـ بالكسر ـ: البساط، جمعه زلالي، ويقال إنه معرب زيلو بالكسر. انظر: «الصحاح» باب اللام، فصل الزاي (٤/ ١٧١٨) (زلل)، «تاج العروس» فصل الزاي، باب اللام (٧/ ٣٥٩) (زلل)، (١٠/ ١٦٥) (الزلية).

(٦) في (ز): (في).

(٧) عمارية: هودج يُجلس عليه. «الآلة والأداة» ص٢٢٧.

(٨) قوله: (ومحاملهم) سقط من (ط الفكر).

(٩) من قوله: (سروجهم) إلى هنا سقط من (ي).

(١٠) في (ط الفكر): (يتفاضل).

كفى الإطلاق، وحمل على معهودهم، وإن لم يكن لهم معهود مطرد[١]، فلا بد من ذكر وزن السرج والإكاف والزاملة[٢] ووصفها[٣]. هذا هو المشهور.

وفي «النهاية»[٤]: أن أحداً من الأصحاب لم يتعرض لاشتراط ذكر[٥] الوزن في السرج والإكاف؛ لأنه لا يكثر فيهما التفاوت، وفي المحمل والعمارية ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يصح العقد، ولا بد من مشاهدتهما؛ لأن الغرض يختلف بسعتهما وضيقهما، وذلك مما لا ينضبط بالوصف[٦].

والثاني ـ قال أبو إسحاق[٧] ـ: إن كانت المحامل بغدادية خفافاً كفى فيها الوصف؛ لتقاربها، وإن كانت خراسانية ثقالاً فلا بد من مشاهدتها[٨].

وأشبهها ـ وهو المذكور في الكتاب[٩]) ـ: أنه يكفي فيها الوصف وذكر الوزن؛ لإفادتهما التخمين كالمشاهدة. ولك أن تحتج له بقوله في «المختصر»[١٠]: «فإن ذكر محملاً أو مركباً أو زاملة بغير رؤية ولا وصف فهو مفسوخ؛ للجهل بذلك»،

---

(١) في (ز): (له)، وفي (ط العلمية): (لهم معهوداً مطرداً).

(٢) في (ي): (والراحلة والزاملة).

(٣) قوله: (ووصفها) زيادة في (ي)، (ز).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٢٧).

(٥) قوله: (ذكر) زيادة في (ي)، (ز).

(٦) قطع به الماوردي. وقال أبو إسحاق الشيرازي: «وهو المذهب». انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٤)، «المهذب» (١٥/ ٢١).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٤).

(٨) من قوله: (لأن الغرض) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٩) وهو قول ابن أبي هريرة. «الحاوي» (٩/ ٢٣٤).

(١٠) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

فاعتبر الوصف كالرؤية. وعلى هذا، لو ذكر الوزن دون الصفة[١]، أو الصفة دون الوزن، فوجهان: أظهرهما: أنه لا يكفي؛ لبقاء الجهل مع سهولة إزالته.

وذكر في «التهذيب»[٢]: أن الزاملة تمتحن باليد؛ ليعرف خفتها وثقلها، بخلاف الراكب لا يمتحن بعد المشاهدة. وينبغي أن يكون المحمل والعمارية في ذلك كالزاملة. ولا بد في المحمل ونحوه من الوطاء، وهو الفرش[٣] الذي يفرش فيه ليجلس عليه، فينبغي أن يعرف بالرؤية أو الوصف[٤].

والغطاء الذي يستظل به ويتوقى من المطر، قد يكون وقد لا يكون، فيحتاج إلى شرطه، وإذا شُرط: فجواب الشيخ أبي حامد وابن الصباغ: أنه يكفي فيه الإطلاق[٥]؛ لأن التفاوت فيه قريب، ويغطيه بجلد أو كساء أو لبد[٦].

وفي «شرح القاضي[٧] ابن كج» و«التتمة»: أنه يعتبر وصفه أو رؤيته كالوطاء، وهو ظاهر النص[٨]. نعم، لو كان فيه عرف مطرد كفى الإطلاق كما سبق في المحمل وغيره.

---

(١) قوله: (دون الصفة) سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٥٨).

(٣) قوله: (الفرش) زيادة في (ز).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (والوصف).

(٥) وذكر الماوردي أنه لا بد فيه من شرطين:

أحدهما: أن يكون معلوماً بالمشاهدة أو بالصفة.

الثاني: ذكر ارتفاعه وانخفاضه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٤).

(٦) لِبْد: على وزن حِمْل، وهو ما يتلبد من شعر أو صوف. يقال: تلبد الشعر والصوف إذا تداخل ولزق بعضه ببعض، والجمع ألباد ولبود، واللبادة: ما يُلبس للمطر. انظر: «تاج العروس» فصل اللام، باب الدال (٢/ ٤٩٠) (لبد)، «المصباح المنير» (٢/ ٥٤٨) (اللبد).

(٧) قوله: (القاضي) سقط من (ز).

(٨) أي النصّ المتقدم ذكره في «مختصر المُزَنيّ».

وقد يكون للمحمل طرف من لبود أو أدم، فهو كالغطاء.

وليعلم قوله في الكتاب: (ويعرف المحمل)، بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة[١]: يجوز فيه الإطلاق، ولا حاجة إلى تعريفه.

وقوله: (بالصفة)، بالواو[٢]؛ للوجه الذاهب إلى اعتبار[٣] المشاهدة.

الثالثة: إذا استأجر للركوب، وشرط حمل المعاليق، وهي السفرة والإداوة والقدور والقمقمة ونحوها، نظر: إن رآها المؤجر، أو وصفها وذكر وزنها فذاك[٤]. وإن أطلق: قال الشافعي رضي الله عنه: «القياس أنه فاسد، ومن الناس من يقول: إنه بقدر ما يراه الناس وسطاً»[٥]. وفيه طريقان للأصحاب:

أشهرهما: أن في المسألة قولين[٦]، وما ذكره تمثيل قول منه:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٧] ومالك[٨] ـ: أنه يصح[٩] العقد، ويحمل المشروط[١٠] على الوسط المعتاد[١١].

---

(١) انظر: «الهداية» (٩/ ١٥٠ - ١٥١)، «الاختيار» (٢/ ٥٨).

(٢) قوله: (بالواو) سقط من (ز).

(٣) قوله: (اعتبار) سقط من (ط الفكر).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٤).

(٥) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٦) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٢١).

(٧) انظر: «الهداية» (٩/ ١٥٠ - ١٥١)، «الاختيار» (٢/ ٥٨).

(٨) انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٢٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٦ - ٤٢٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٣٦)، «الخرشي» (٧/ ٢٥).

(٩) قوله: (أنه يصح) من (ي)، وفي (ط الفكر): (يتم العقد).

(١٠) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الشرط).

(١١) «لأنه تابع غير مقصود، فلم تؤثر الجهالة فيه». «المهذب» (١٥/ ٢١).

وأصحهما: المنع؛ لاختلاف الناس فيها[1].

والطريق الثاني[2]: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره على نقل مذهب الغير[3].

وإن استأجر للركوب من غير شرط المعاليق: لم يستحق حملها؛ لأن الناس فيه مختلفون، وقد لا يكون للراكب معاليق أصلاً.

وفيه وجه: أنه كما لو شرط وأطلق.

وما ذكرناه، في السفرة والإدواة الخاليتين. فإن كان في هذه طعام وفي تلك[4] ماء، فسيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

الرابعة: إن كانت الإجارة على عين الدابة، فلا بد من تعيينها، وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في شراء الغائب[5]، فإن كانت في الذمة، فلا بد من ذكر جنسها أهي من الإبل أو الخيل أو البغال أو الحمير؟ ومن ذكر نوعها أهي عربية أم نجيبة[6]؟[7] ومن ذكر الأنوثة والذكورة؛ لاختلاف الغرض، فإن الأنثى أسهل سيراً، والذكر أقوى. وفي المسامحة[8] بذكر الأنوثة والذكورة وجه.

---

(١) و«التماثل فيها متعذر» «الحاوي» (٩/ ٢٣٤).

(٢) في (ي)، (ط الفكر): (والثانية)، وفي (ز): (والثاني).

(٣) أي قول الشافعي: «ومن الناس من يقول: له بقدر ما يراه الناس وسطاً»، هو حكاية عن مذهب الغير.

(٤) في (ز): (هاتيك).

(٥) انظر ما سلف (٥/ ٤١١-٤١٢).

(٦) النجيبة: النفيسة في نوعها، والعتيقة. والنجيب من الإبل مفرداً ومجموعاً هو القوي منها الخفيف السريع، والجمع نَجائب ونُجب. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب الباء (١/ ٤٧٧) (نجب).

(٧) قال الماوردي: «فأما ذكر نوعه وصفته فلا يلزم، لأن تأثير ذلك في القيم». «الحاوي» (٩/ ٢٣٣).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المسامحة به).

وهل يجب أن يقول: «مهملج» أو «بحر» أو «قطوف[١]»؟ فيه وجهان[٢]، أظهرهما: نعم؛ لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير.

الخامسة: إذا استأجر دابة للركوب، فليبينا قدر السير كل يوم، فإذا بيناه حملا على المشروط. فإن زادا في يوم أو نقصا فلا جبران، بل يسيران بعده على المشروط[٣]. وإذا أراد أحدهما المجاوزة عن المشروط أو النزول دونه؛ لخوف أو خصب[٤]، لم يكن له ذلك، إلا أن يوافقه صاحبه. قال[٥] في «التهذيب»[٦]: وكان يجوز أن يجعل الخوف عذراً لمن يحتاط، ويؤمر الآخر بموافقته.

وإن لم يبيّنا قدر السير وأطلقا العقد، نظر: إن كان في ذلك[٧] الطريق منازل مضبوطة، صحّ العقد وحمل عليها. وإن لم يكن فيه منازل، أو كانت والعادة[٨] مختلفة فيها، لم يصح العقد[٩] حتى يبيِّنا أو يقدِّرا بالزمان.

هذا ما اشتملت عليه الطرق، ووراءه شيئان:

---

(١) القطوف ـ من الدواب وغيرها ـ: البطيء. وقال ابن القطاع: قطف الدابة، أعجل سيره مع تقارب الخطو. «المصباح المنير» (٢/ ٥٠٩) (قطفت).

(٢) أطلقها في «الحاوي» (٩/ ٢٣٣)، و«المهذب» (١٥/ ٢٠ - ٢١)، و«حلية العلماء» (٥/ ٣٩٤)، و«الوسيط» (٤/ ١٧١).

(٣) قال الشافعي: «وأيهما أراد المجاوزة أو التقصير، لم يكن له». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٤) قوله: (أو خصب) سقط من (ي)، وفي (ز)، (ط الفكر): (خصب)، وفي (ط العلمية): (غصب).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (قاله)، وفي (ي)، (ز): (قال).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٤٦١).

(٧) قوله: (ذلك) زيادة في (ي)، (ز).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو كانت والعادة)، وفي (ي)، (ز): (كانت العادة).

(٩) كما لو أطلقا النقد في العقد وكان مختلفاً فيبطل. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٩).

أحدهما: عن أبي إسحاق أنه قال: إذا اكترى إلى مكة في زماننا، لم يكن بد من ذكر المنازل؛ لأن السير في هذا الزمان شاق لا تطيقه الحمولة، فلا يمكن حمل الإطلاق عليه[١].

والثاني: ذكر القاضي أبو الطيب أنه إذا كان الطريق مخوفاً، لم يجز تقدير السير فيه؛ لأنه لا يتعلق بالاختيار. وتابعه على هذا القاضي الروياني في «التجريد». وقضيته: امتناع التقدير بالزمان أيضاً، وحينئذ يتعذر الاستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفاً.

والقول في وقت السير أهو الليل أو النهار؟ وفي موضع النزول في المرحلة أهو نفس القرية أو الصحراء، أو في الطريق الذي يسلكه إذا كان للمقصد[٢]، طريقان؟ على ما ذكرنا في قدر السير في الحمل على المشروط والمعهود[٣].

وقد يختلف المعهود في فصلي الشتاء والصيف، وحالتي الأمن والخوف، فكل عادة تراعى في وقتها.

وقوله في الكتاب: (ويعرف تفصيل السير والسرى)، المراد من السير: المسير بالنهار، ومن السرى: المسير بالليل. والمعنى[٤]: أنه يجب ذكر ذلك وبيانه إن لم يكن للعرف ضبطٌ فيه، وإن كان فيتبع إن أطلقا العقد. أما إذا شرطا خلاف المعهود، فهو المتبع لا المعهود[٥].

---

(١) قال الشافعي: «وإن أكراه إلى مكة، فشرط سيراً معلوماً، فهو أصح». «مختصر المُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٢) في (ي)، (ز): (إلى المقصد).

(٣) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر): (المشروط)، وفي (ط العلمية): (أو المعهود).

(٤) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (أو المعنى).

(٥) «كما لو شرطا في الأجرة نقداً سمياه، صحّ به العقد، سواء وافقا فيه الأغلب من نقود الناس أو خالفاه». «الحاوي» (٩/ ٢٣٩).

قال:

(وإن[١] استُؤجِرَ للحِمْل: فيعرفُ قَدْرَه بالتَّخمينِ إن كانَ حاضراً. فإن كانَ غائباً فبتَحقُّقِ الوزن، بخلافِ الراكب.

وإن كانَ في الذِّمّةِ فلا يُشترَطُ معرفةُ وصفِ الدابّة، إلا إذا كانَ المنقولُ زُجاجاً؛ إذْ يختلفُ الغَرَضُ بصفاتِ الدّابّة.

وإذا شَرَطَ مئةَ مَنٍّ مِن الحِنطةِ بكونِ الظَّرْف وراءه؛ فليَعرِفْ قَدْرَه ووزنَه[٢]، إلا إذا تماثلَت الغَرائرُ[٣] بالعُرْف. وإن قال: «مئةَ مَنّ» فهو مع الظَّرْفِ على الأصحّ (و).).

من الأغراض التي تستأجر لها الدواب: الحمل[٤] عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً[٥]. فإن كان حاضراً ورآه المؤجر كفى. وإن كان في ظرف، وجب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه[٦].

فإن لم يكن حاضراً فلا بد من تقديره بالوزن، أو بالكيل إن كان مكيلاً،

---

(١) في (ز): (فإن).

(٢) قوله: (ووزنه) سقط من (ز).

(٣) الغرائر: جمع غِرارة بالكسر، وهي الجوالق، أو شبه العِدل. والعدل: نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٤٥) (الغِرة)، «تاج العروس» فصل الغين، باب الراء (٣/ ٤٤٦) (غرر) فصل العين، باب اللام (٨/ ١٠) (عدل).

(٤) في (ط الفكر): (للحمل).

(٥) في جنسه وقدره إن لم يشاهده. انظر: «المهذب» (١٥/ ٢١)، «الحاوي» (٩/ ٢٣٥).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٨).

والتقدير[١] بالوزن في كلّ شيء أولى و[٢] أحصر[٣]. ولا بد[٤] من ذكر جنسه؛ لأن تأثير الحديد والقطن في الدابة ـ وإن استويا في القدر ـ مختلف، فالحديد يهد مأخذه من[٥] الدابة، والقطن يعمها ويتثاقل إذا دخله الريح. نعم، لو قال: «آجرتكها لتحمل عليها مئة مَنٍّ[٦] مما شئت»، فأصح الوجهين: أنه يجوز، ويكون رضاً منه بأضر الأجناس[٧]، فلا حاجة مع ذلك إلى بيان الجنس.

وفي «الرقم»: أن حذاق[٨] المراوزة قالوا: إذا استأجر دابة للحمل مطلقاً جاز، وجعل راضياً بالأضر[٩]، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس.

هذا في التقدير بالوزن، أما إذا قدر بالكيل: فالمفهوم مما أورده أبو الفرج السرخسي أنه لا يغني عن ذكر الجنس، وإن قال: «عشرة أقفزة مما شئت[١٠]»؛ لاختلاف الأجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضاً بأثقل الأجناس، كما جعل رضاً[١١] بأضر الأجناس[١٢].

---

(١) قوله: (والتقدير) سقط من (ط الفكر).

(٢) قوله: (أولى و) سقط من (ز).

(٣) «وأبعد من الغرر». «المهذب» (١٥/ ٢١).

(٤) كذا في (ز)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (فلا بد).

(٥) كذا في (ي)، (ز)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (مؤخرة).

(٦) قوله: (منٍّ) زيادة في (ز).

(٧) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (الأشياء).

(٨) حذّاق: جمع حاذق، يقال: حَذِق الرجل في صنعته حَذِقاً بالفتح والكسر، أي: مهر فيها وعرف غوامضها ودقائقها، وقد تقدمت الإشارة إليها. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٢٦) (حذق).

(٩) في (ز): (الأقل ضر).

(١٠) في (ط الفكر): (يثبت).

(١١) قوله: (بأثقل الأجناس كما جعل رضاً) سقط من (ز).

(١٢) قال النووي: «الصواب قول السرخسي، والفرق ظاهر، فإن اختلاف التأثير بعد الاستواء في =

ولو قال: «آجرتك لتحمل عليها ما شئت»، لم يجز، بخلاف ما إذا آجَر الأرض ليزرع ما شاء؛ لأن الدابة لا تطيق حمل[١] كل ما يحمل.

وأما ظروف المتاع وحباله، فإنها إن[٢] لم تدخل في الوزن، بأن[٣] قال: «مئة مَنٍّ من الحنطة»، أو كان التقدير بالكيل، فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف[٤]، إلا أن تكون هناك غرائر متماثلة اطّرد العرف باستعمالها، فيحمل مطلق العقد عليها[٥].

وإن دخلت في وزن[٦] المتاع بأن قال: «مئة مَنٍّ[٧] من الحنطة بظرفها»، صح العقد؛ لزوال الغرر بذكر الوزن. هكذا ذكروه[٨].

لكنّا إذا اعتبرنا ذكر الجنس مع الوزن، وجب أن يعرف قدر الحنطة وحدها، وقدر الظرف وحده.

ولو اقتصر على قوله: «مئة منّ»؛ فأصح الوجهين: أنّ الظرف من المئة[٩]. والثاني: أنه وراءها؛ لأنه السابق إلى الفهم. فعلى هذا، يكون الحكم كما لو قال: «مئة مَنٍّ من الحنطة».

= الوزن يسير، بخلاف الكيل، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة؟». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٠٤).

(١) قوله: (حمل) زيادة في (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإن لم).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإن).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٥ - ٢٣٦).

(٥) «لأنها لا تتفاوت». «المهذب» (١٥/ ٢٢).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (قدر).

(٧) قوله: (مَنٍّ) سقط من (ز).

(٨) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (ذكر). «الحاوي» (٩/ ٢٣٥)، «المهذب» (١٥/ ٢١)، «التهذيب» (٤/ ٤٥٨).

(٩) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٠).

وتصوير المسألة يتفرع على الاكتفاء بالتقدير، وإهمال ذكر الجنس إما مطلقاً أو إذا قال: «مئة مَنٍّ[١] مما شئت».

هذا حكم المحمول[٢] على الدابة، أما الدابة الحاملة: إن كانت معينة فعلى ما ذكرنا في الركوب.

وإن[٣] كانت الإجارة على الذمة، فلا يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها، بخلاف ما في الركوب؛ لأن المقصود تحصيل المتاع في الموضع المنقول إليه، فلا يختلف الغرض بحال الحامل[٤]. نعم، لو كان المحمول زجاجاً أو خزفاً وما أشبههما، فلا بد من معرفة حال الدابة.

ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة أو بطء، وقوة أو ضعف، أو تخلفها عن القافلة على بعض التقديرات. ولو نظروا إليها لم يكن بعيداً.

والكلام في المعاليق وتقدير السير، على ما ذكرنا في الاستئجار للركوب.

فرع:

لو استأجره «ليحمل هذه الصبرة إلى موضع كذا، كل مكيلة بدرهم» أو[٥] «مكيلة منها بدرهم، وما زاد فبحسابه»، صحّ العقد[٦]، كما لو باع كذلك، بخلاف

---

(١) قوله: (مَنّ) زيادة في (ز).

(٢) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المحمل).

(٣) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (فإن).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٥).

(٥) في (ي)، (ز): (أو كل).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٩).

ما لو قال: «آجرتك كل شهر بدرهم»[١]؛ لأن جملة الصبرة معلومة محصورة، وليست الأشهر كذلك.

ولو قال: «لتحمل مكيلة منها بدرهم، على أن تحمل كل مكيلة منها بدرهم» أو «على أن ما زاد فبحسابه»، ففيه وجهان عن صاحب «التقريب»:

أشبههما: المنع؛ لأنه شرط عقد في عقد[٢].

والثاني: الجواز، والمعنى أن كلّ قفيز بدرهم.

ولو قال: «لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة مكاييل، كل مكيلة بدرهم، فإن زادت فبحساب ذلك»، صحّ ذلك العقد في العشرة المعلومة دون الزيادة المشكوكة.

وعلى هذا أوّل مؤولون قوله في «المختصر»[٣]: «ولو اكترى حمل مكيلة، وما زاد فبحسابه، فهو في المكيلة جائز، وفي الزيادة فاسد»[٤].

ومنهم من حمله على ما إذا قال: «لتحمل هذه المكاييل كل واحدة بدرهم، فإن قدم إلي طعام فحملته[٥]، فبحساب ذلك».

وعن أبي إسحاق في «الزيادات على الشرح»: حمله على ما إذا قال:

---

(١) فالإجارة باطلة. انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٢).

(٢) وقطع به الماوردي، وقال: «هذه الطريقة في تصوير المسألة، أشبه الطرق بلفظ الشافعي». «الحاوي» (٩/ ٢٦٠).

(٣) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٧).

(٤) وهناك تأويلات أخرى. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٦٠).

(٥) قوله: (فحملته) زيادة في (ي)، (ز).

«استأجرتك لتحمل هذه الصبرة مكيلة منها بكذا، والباقي بحسابه». لكن الأصح في هذه الصورة صحة العقد في الجميع؛ لأن الصبرة معلومة المشاهدة، والأجرة بالتقسيط.

ولو قال: «استأجرتك لتحمل من هذه الصبرة كل مكيلة بدرهم»، لم يصح على المشهور.

وقد مرّ في نظيره من البيع وجه[١]: أنه يصح في مكيلة واحدة، فيعود هاهنا[٢].

قال:

(وإن استُؤجِرَ للسَّقي: فيُعرِّفُ قَدْرَ الدِّلاءِ والعَدَدَ وموضعَ البئرِ وعُمْقَها.

وإنْ كان للحِراثة: فيُعرِّفُ بالـمُدّة (و) أو بتعيينِ الأرض؛ فيُعرِّفُ صَلابتَها ورَخاوتَها.

وعلى الـجُملة: ما يَتفاوَتُ به الغَرَض، ولا يُتسامَحُ به في الـمُعامَلة؛ يُشترَطُ تعريفُه).

ومن الأغراض: سقي الأرض بإدارة الدولاب، أو الاستقاء من البئر بالدلو[٣].
فإن كانت الإجارة على عين الدابة، وجب تعيينها، كما في الركوب والحمل. وإن كانت في الذمة، لم يجب بيان الدابة، ومعرفة جنسها.

---

(١) قوله: (وجه) سقط من (ط الفكر)، (ط العلمية).

(٢) وهو قول ابن سريج. انظر ما سلف (٥/ ٤٠٧).

(٣) قوله: (بالدلو) سقط من (ز).

وعلى التقديرين، فينبغي أن يُعرِّفَ المكتري[1] الدولاب والدلو وموضع البئر وعمقها بالمشاهدة، أو الوصف إن كان الوصف يضبطها. وتقدر المنفعة: إما بالزمان بأن يقول: «لتستقي بهذه[2] الدلو من هذه البئر اليوم»، أو بالعمل بأن يقول: «لتستقي خمسين دلواً من هذه البئر بهذه الدلو»[3]. ولا يجوز التقدير بالأرض بأن يقول: «لتسقي هذا البستان» أو «جزءاً منه»؛ لأن ريه مختلف بحرارة الهواء وبرودته، وكيفية حال الأرض، ولا تنضبط.

ومنها: الحراثة[4]، فيجب أن يعرف المكتري الأرض؛ لاختلاف الأراضي في الصلابة والرخاوة. وتقدّر المنفعة: إما بالزمان بأن يقول: «لتحرث هذه الأرض الشهر[5]». أو بالعمل بأن يقول: «لتحرث هذه الأرض[6]» أو «إلى موضع كذا منها».

وفيه وجه آخر: أن هذه المنفعة لا يجوز تقديرها بالمدة، وبه أجاب الشيخ أبو حامد في «التعليق». والظاهر الأول[7].

وأما معرفة الدابة، فلا بد منها إن كانت الإجارة إجارة عين. وإن كانت في الذمة، فكذلك إن قدر بالمدة وجوزناه؛ لأن العمل يختلف باختلاف حال[8] الدابة.

---

(١) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (المكري).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (للسقي بهذا).

وكلمة (الدلو) تأنيثها أكثر، فيقال: هي الدلو، وفي التذكير تُصغّر على دُليّ. «المصباح المنير» (١/ ١٩٩)، (الدلو).

(٣) ذكر الماوردي أن المنفعة هنا تقدر بالمدة لا بالعمل. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٧).

(٤) أجمل الماوردي شروط صحة الإجارة لحراثة الأرض في ثلاثة شروط: ١ـ ما يخص البهيمة. ٢ ـ ما يخص الأرض. ٣ ـ ما يخص العمل. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٦).

(٥) في (ي)، (ط الفكر): (اليوم مثلًا).

(٦) في (ز): (الأرض)، وفي (ي)، (ط الفكر)، (ط العلمية): (القطعة).

(٧) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٢).

(٨) قوله: (حال) سقط من (ط الفكر).

وإن قدر بالأرض المحروثة، فلا حاجة إلى معرفتها[١].

ومنها: الدياس[٢]، فيعرف المكري الجنس الذي يريد دياسته، وتقدر المنفعة بالمدة أو بالزرع الذي يدوسه[٣]. والقول في معرفة الدابة على[٤] ما ذكرنا في الحراثة.

والاستئجار للطحن، كالاستئجار للدياس.

وقوله في الكتاب في الاستئجار للحراثة: (فيُعرِّفُ بالـمُدّة)، يجوز إعلامه بالواو.

ثم في قوله: (فيعرف بالمدّة، أو بتعيين الأرض؛ فيُعرِّفُ صلابتها ورخاوتها)، مضايقة من جهة أن ما فيه الخيار هو الضبط بالمدة، والضبط بقدر الأرض المحروثة، فأما تعيين الأرض فلا بد منه على التقديرين وكان من حقه أن يقول: بالمدة[٥] أو بتقدير الأرض، وتعيين[٦] الأرض بالإشارة عند المشاهدة، وبالوصف إن وفّى الوصف بالمقصود.

وقوله: (وعلى الجملة) إلى آخره، كلام جملي، ذكره ليعرف ما يجب تعريفه في الإجارات، شامل لما وقع النص عليه ولغيره. والله أعلم.

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٤).

(٢) الدِّياس: والدِّياسة بالكسر والدوس: الوطء بالرِّجل. والدوائس هي: البقر العوامل في الدوس. انظر: «تاج العروس» فصل الدال، باب السين (٤/ ١٥٥) (داس)، «المصباح المنير» (١/ ٢٠٣) (داس).

(٣) فإن كان برؤية الزرع تصح الإجارة، وإن كان بتقدير العمل بالباقات والحزم فلا تصح، لاختلاف ذلك في الصغر والكبر. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٧).

(٤) قوله: (على) سقط من (ز).

(٥) من قوله: (المحروثة) إلى هنا سقط من (ي)، (ط الفكر).

(٦) في (ز): (تعيين)، وفي غيرها: (وتعتبر).

قال رحمه الله:

(الباب الثاني: في حُكم الإجارة الصحيحة

وفيه فصلان:

الأوَّل: في موجَب الألفاظ الـمُطلَقة

أما في الآدميّ: فاستئجارُ الـخَيّاطِ لا يُوجِبُ عليه الـخَيْط؛ بل هو على المالك. واستئجارُ الحاضنةِ على الـحَضانةِ هل يستتبعُ الإرضاع؟ وعلى الإرضاع هل يستتبعُ الـحَضانة؟ فيه ثلاثةُ أوجه؛ يُفرَّقُ في الثالث ويُقال: الإرضاعُ يستتبعُ الـحضانة ـ كي لا يتَجرَّدَ العَينُ مقصوداً بالإجارة[1] ـ، والحضانةُ لا تستتبعُ الإرضاع.

فإن صُرِّحَ بالجمع بينَهما، أو قلنا: ذِكرُ أحدِهما كافٍ في الاستتباع، فانقطعَ اللَّبن؛ فعلى وجه: يَنفسِخ؛ لأنه المقصود، وعلى وجه: يسقطُ قِسطُه[2] من الأُجرة؛ لأنه أحدُ المقصودَين، وعلى وجه: يَثْبُتُ الخِيار، لأنه تابع (و)، فهو كالعَيب.

أما الحِبْرُ في حَقِّ الورّاق، والصِّبْغُ في حَقِّ الصبّاغ، قيل: إنه كاللَّبنِ في الحاضنة، وقيل: إنه كالخَيط).

---

(١) من قوله: (كي لا يتجرد) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) في (ط العلمية): (قسط).

مقصود الباب: بيان أحكام الإجارة إذا صحت، وهي مدرجة[١] في فصلين:

ترجم[٢] أولهما بموجب الألفاظ المطلقة، يعني ما يقتضي اللفظ دخوله في العقد إما بالوضع أو بالعرف، وما يلزم إتماماً له إما على المكتري أو على المكري. ومسائله مذكورة[٣] على الأنواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة.

النوع الأول: استئجار الآدمي، وفيه مسألتان[٤]:

إحداهما: الاستئجار للحضانة وحدها، والإرضاع وحده، وهما جائزان على ما ذكرناه أن المستحق بالاستئجار للإرضاع ما هو[٥]؟

وأما الحضانة[٦]: فهي عبارة عن حفظ الصبي، وتعهده بغسله[٧] وغسل رأسه وثيابه وخروقه[٨] وتطهيره من النجاسات، وتدهينه وتكحيله، وإضجاعه في المهد، وربطه، وتحريكه في المهد[٩] لينام[١٠]. وإذا أطلق الاستئجار لأحدهما ولم ينف الآخر، ففي استتباعه الآخر ثلاثة أوجه:

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (مندرجة).

(٢) في (ط العلمية): (ترجمة).

(٣) في (ي) و(ز): (مفضوضةٌ).

(٤) في (ز)، (ط العلمية): (فصلان).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٤).

(٦) الحضانة في اللغة: بالفتح والكسر، الاسَم من حضن. يقال: حضن الطائرُ بيضه إذا ضمّه تحت جناحه، وأحضنتُ الطائرَ البيضَ إذا جثم عليه. والحِضْن: ما دون الإبط إلى الكشح. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٤٠) (حضن).

(٧) قوله: (بغسله) سقط من (ي).

(٨) في (ز): (وخرقه).

(٩) قوله: (في المهد) سقط من (ز).

(١٠) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٤).

أصحها[١]: أن واحداً منهما لا[٢] يستتبع الآخر؛ لأنهما منفعتان يجوز[٣] إفراد كل واحدة منهما بالإجارة، فأشبهتا سائر المنافع.

والثاني: أن كل واحد منهما يستتبع الآخر؛ لأنه[٤] لا تتولاهما في العادة إلا امرأة واحدة.

والثالث ـ ويحكى عن اختيار القاضي الحسين[٥] ـ: أن الاستئجار للإرضاع يستتبع الحضانة، والحضانة لا تستتبع الإرضاع؛ لأن[٦] الإجارة تعقد للمنافع دون الأعيان[٧].

فلو لم يستتبع الإرضاع الحضانة لتجرّد اللبن مقصوداً، ويجوز أن يمنع تجرده مقصوداً؛ لما سبق أن المستحق بالاستئجار للإرضاع[٨] عين ومنفعة.

فإن قلنا: إن الاستئجار لأحدهما يستتبع الآخر، أو استأجر لهما صريحاً فانقطع اللبن، ففيه ثلاثة أوجه، مبنية على ثلاثة أوجه في أن المعقود عليه في هذه الإجارة ماذا؟

أحدها: أن المعقود عليه اللبن؛ لأنه أشد مقصوداً، والحضانة تابعة، فعلى هذا ينفسخ العقد عند انقطاع اللبن.

---

(١) في (ط العلمية): (أصحهما).
كذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٤٥).
(٢) قوله: (لا) سقط من (ز).
(٣) في (ط العلمية): (بجواز).
(٤) في (ز): (لأنهما).
(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٧٣).
(٦) في (ط العلمية): (لأنه).
(٧) في (ز): (لا للأعيان).
(٨) في (ي)، (ز): (للرضاع).

والثاني: أن المعقود عليه الحضانة، واللبن تابع؛ لأن الإجارة وضعت للمنافع والأعيان تقع تابعة[١]، فعلى هذا لا ينفسخ العقد[٢]، لكن للمستأجر الخيار؛ لأن انقطاع اللبن عيب، كما لو استأجر طاحونة فانقطع ماؤها.

وأصحها: أن المعقود عليه كلاً منهما[٣]؛ لأنهما جميعاً مقصودان، فعلى هذا ينفسخ العقد في الإرضاع، ويسقط قسطه من الأجرة، وفي الحضانة قولا تفريق الصفقة.

ولم يفرقوا في حكاية الأوجه[٤] بين أن يصرح[٥] بالجمع بينهما، وبين أن يذكر أحدهما[٦]، ويحكم باستتباعه الآخر[٧].

وحسن أن يفرق، فيقال: إذا صرح بالجمع بينهما، قطعنا بأنهما مقصودان في العقد[٨]، وإذا ذكر أحدهما، فهو المقصود والآخر تابع.

وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر اللبن[٩]، وللمكتري أن يكلفها ذلك[١٠].

---

(١) وصححه البغوي، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. [الطلاق: ٦]، حيث جعل الأجرة على فعل الإرضاع دون اللبن. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٥).

(٢) في (ط العلمية): (من العقد).

(٣) في (ط العلمية): (وكلاهما).

(٤) في (ز): (الوجه الأول).

(٥) في (ط العلمية): (أن يصلاح).

(٦) قوله: (أحدهما) سقط من (ز).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (للآخر).

(٨) في (ط العلمية): (من).

(٩) في (ي)، (ط العلمية): (يدر به اللبن).

(١٠) «لأنه من مقتضى التمكين من الرضاع». «المهذب» (١٥/ ٤٥).

الثانية: إذا استأجر ورَّاقاً، فعلى من الحِبْر؟ يحصل فيه مما[١] ذكره الأئمة ثلاثة طرق:

أشبهها: أن الرجوع فيه إلى العادة، فإن اضطربت العادة وجب البيان، وإلا فيبطل العقد.

وأشهرها: القطع بأنه لا يجب على الورَّاق؛ لأن الأعيان لا تستحق بالإجارة، وأمر اللبن كان على خلاف القياس؛ للضرورة، فإن إفراده بالبيع قبل الحلب ممتنع، وبعده لا يصلح للطفل.

ثالثها[٢]: أنه على الخلاف في أن اللبن، هل يتبع الاستئجار للحضانة؟

فإذا أو جبناه على الوراق، فهو كاللبن في أنه لا يجب تقديره وإن صرح باشتراطه عليه، كما لو صرح بالإرضاع والحضانة. وإذا لم نوجبه عليه، فلو أنه شرطه[٣] عليه، فسد العقد إن لم يكن معلوماً. وإن كان معلوماً، ففيه طريقان:

أحدهماـ وبه قال ابن القاص[٤]ـ: يصح العقد؛ لأن المقصود[٥] فعل الكتابة، والحبر تابع كاللبن.

والثاني: أنه شراء واستئجار[٦]، وليس الحبر كاللبن؛ لإمكان إفراده بالشراء.

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (ما).

(٢) في (ط العلمية): (وثالثها)، وفي (ي)، (ز): (والثالث).

اقتصر في «الوسيط» على ذكر الطريقين الآخرين. (٤/ ١٧٤)، وكذا في «التهذيب» (٤/ ٤٤٦).

(٣) في (ط العلمية) (شرط).

(٤) انظر: «التهذيب» ٤/ ٤٤٦.

(٥) في (ي): (المعقود).

(٦) يشتري منه الحبر ويستأجره على العمل. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٦)، «الوسيط» (٤/ ١٧٤).

وعلى هذا، فينظر: إن قال: «اشتريت منك هذا الحبر على أن تكتب به[1] كذا»، فهو كما لو اشترى الزرع بشرط أن يحصده البائع.

ولو قال: «اشتريت هذا الحبر واستأجرتك لتكتب به كذا بعشرة»، فهو كما لو قال: «اشتريت الزرع، واستأجرتك لتحصده بعشرة». ولو قال: «اشتريت الحبر بدرهم، واستأجرتك لتكتب به بعشرة»، فهو كما لو قال[2]: «اشتريت الزرع بعشرة، واستأجرتك لتحصده بدرهم».

وحكم الصور[3] مذكور في البيع.

وإذا استأجر الخياط، والصباغ، وملقّح النخل، والكحّال، فالقول في الخيط، والصبغ، وطلع النخل، والذرور[4] كما ذكرناه في الحبر. هذا هو المشهور[5].

وفرق الإمام[6] وشيخه بين الخيط وبين الحبر والصبغ، فقطعا[7] بأن الخيط لا يجب على الخيَّاط، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب[8]، وأورد في الحبر والصبغ الطريق الثاني والثالث من الطرق الثلاثة التي أوردناها.

---

(١) في (ي): (لتكتب).

(٢) من قوله: (اشتريت الزرع) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) في (ي): (ذلك).

(٤) الذَّرور: نوع من الطيب. قال الزمخشري: «هي فتات قصب الطيب، وهو قصب يؤتى به من الهند كقصب النُّشَّاب، وزاد الصَّغاني: وأنبوبه محشو من شيء أبيض مثل نسج العنكبوت ومسحوقه عَطِر إلى الصفرة والبياض». «المصباح المنير» (١/ ٢٠٧) (ذَر).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٦).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٦٣).

(٧) كذا في (ز)، وفي غيرها: (قاطعاً).

(٨) كذا قطع به في «الوسيط» حيث قال: «واستئجار الخياط لا يوجب عليه الخيط، إذ العرف لا يقتضيه». «الوسيط» (٤/ ١٧٣).

قوله: (فقد قيل: إنه كاللبن في حق الحاضنة)، والثاني قوله: (وقيل: كالخيط)، وكان سبب الفرق بين الخيط وبينهما أن العادة الغالبة في الخيط خلاف العادة الغالبة فيهما.

قال:

(أمـا الدُّور: فعِمـارةُ الـدار ـ بـإقامةِ مـائلٍ أو إصلاحِ مُنكسِرٍ ـ على المكري. وإن احتاجَ إلى تجديدِ بناءٍ أو جِذْعٍ؛ فإن فعل: استمرَّتِ الإجارة، وإن أبى: فللمُكتري الخِيار. فإن أرادَ إجبارَه على العِمارةِ لم يجُزْ على الأظهر. وكذا إذا غَصَبَ الدارَ لم يلزمْهُ الانتزاعُ وإن قدرَ، ولكن للمكتري الخِيار.

ويجبُ على المكري تسليمُ المِفتاحِ، فإن ضاعَ في يدِ المكتري فهو أمانة وليس على المكري إبدالُه.

ولو آجَرَ داراً ليس لها بابٌ ومِيزابٌ[1] فليس عليه تجديدُه، فإن جَهِلَه المكتري فله الخِيار).

النوع الثاني: استئجار العقار، وهو ينقسم إلى: مبني كالدار والحمام، والى غيره وهو الأراضي البيض. أما الأول، ففيه مسألتان:

إحداهما: ما تحتاج إليه الدار المكراة[2] من العمارات ثلاثة أضرب:

---

(١) الميزاب: أو المزراب والمرزاب لغة فيه، والجمع مآزيب. يقال: زرب الماء وسرب إذا سال. والزرب ـ بالكسر ـ: مسيل الماء. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب الياء (١/ ٢٨٦) (زرب).

(٢) قوله: (المكراة) سقط من (ز).

أحدها[١]: مرمة[٢] لا تحوج[٣] إلى عين جديدة، كإقامة جدار مائل[٤]، وإصلاح منكسرٍ[٥]، وغلقٍ تعسر فتحه.

والثاني: ما[٦] يحوج إلى عين جديدة، كبناء، وجذع جديد، وتطيين سطح.

والحاجة في الضربين، لخَلَلٍ عرَضَ في دوام الإجارة.

والثالث: عمارة يُحتاج إليها[٧] لخللٍ قارن العقد، كما إذا آجَر داراً ليس لها باب أو ميزاب[٨].

ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المكتري، وإنما هي من وظيفة المكري. فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خيار للمكتري، وإلا فله الخيار إذا انتقضت المنفعة[٩]. حتى لو وكف[١٠] البيت؛ لترك التطيين، فعن الأصحاب: أن للمكتري الخيار، فإذا انقطع بطل الخيار[١١] إلا[١٢] إذا حدث بسببه نقص.

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (أحدهما).

(٢) مرمة: يقال: رممت الحائط وغيره رماً ورمّمته بالتثقيل، أي أصلحته. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٣٩) (رممت).

(٣) في (ط العلمية): (تحتاج).

(٤) قوله: (مائل) سقط من (ز).

(٥) في (ط العلمية): (جذع منكسي).

(٦) قوله: (ما) زيادة في (ز).

(٧) في (ط العلمية): (ما يحتاج إليها).

(٨) في (ي)، (ز): (وميزاب).

(٩) لأنه يلحق ضرر بنقصان المنفعة. انظر: «المهذب» (١٥/ ٧٣).

(١٠) في (ز): (وكف)، وفي غيرها: (توكف).

وكف: يقال: وكف البيت بالمطر وكفاً، ووكوفاً وكيفاً، أي: سال قليلاً قليلاً. ويقال: أوكف بالألف لغة. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٧٠) (وكف).

(١١) قوله: (فإذا انقطع بطل الخيار) سقط من (ز).

(١٢) من قوله: (إذا انتقضت) إلى هنا سقط من (ي).

وإنما يثبت الخيار في الضرب الثالث، إذا كان جاهلاً بالحال في ابتداء العقد.

وهل يجبر المكري على هذه العمارات؟ ذكر صاحب الكتاب[١] والإمام[٢] رحمهما الله: أنه يجبر على الضرب الأول، ولا يجبر على الثالث؛ لأنه لم يلتزمه[٣] من الابتداء، وفي الثاني وجهان. وكذلك ذكر الشيخ أبو الفرج السرخسي، إلا أن كلامه يوهم طرد الوجهين في الضرب الثالث:

أحدهما ـ وبه قال الشيخ أبو محمد، والقاضي حسين[٤] ـ: أنه يجبر؛ توفيراً للمنفعة.

وأظهرهما ـ ويحكى عن أبي حنيفة[٥] رضي الله عنه ـ: المنع؛ لما فيه من إلزامه تسليم[٦] عين لم يتناولها العقد.

وأجري الوجهان في ما إذا غصبت[٧] الدار المستأجرة، وقدر المالك على الانتزاع، هل يجبر عليه؟ ولا شك أنه، إذا كان العقد على شيء موصوف في الذمة ولم ينتزع ما سلّمه، يطالب[٨] إقامة غيره مقامه.

وأجاب مجيبون في الأضرب كلها بأن المكري لا يجبر عليها، ومنهم

---

(١) كذا ذكر في «الوسيط» (٤/ ١٧٥).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٨٨).

(٣) كذا في (ز)، وفي (ي): (يلتزم)، وفي (ط العلمية): (يلزمه).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٧٥). وكذا قطع به أبو إسحاق الشيرازي، لأنه من مقتضى التمكين. انظر: «المهذب» (١٥/ ٤٤).

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٨)، «المبسوط» (١٥/ ١٤٤)، «الاختيار» (٢/ ٦٢).

(٦) قوله: (تسليم) سقط من (ز).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (غصب).

(٨) في (ط العلمية): (يطلب).

صاحب «التهذيب»[١]، وأبو سعيد المتولي. فيجوز[٢] أن يعلم قوله: (وإصلاح منكسر على المكري)؛ لذلك.

وحكى الإمام[٣] ـ تفريعاً على الطريقة التي انتقاها[٤] ـ وجهين في الدعامة الدافعة[٥] للانهدام، إذا احتيج إليها، أنه يعد من الضرب الأول أو الثاني[٦].

ويجب على المكري تسليم مفتاح الدار؛ للتمكين من الانتفاع، بخلاف ما إذا كانت العادة فيه الإقفال، حيث لا يجب تسليم القفل؛ لأن الأصل ألا تدخل المنقولات في العقد الوارد على العقار.

والمفتاح جعل تابعاً للغلق، فإذا سلمه فهو أمانة في يد المكتري، حتى لو ضاع من غير[٧] تقصير، لم يلزمه شيء. وإبداله من وظيفة المكري، وهل يطالب به؟[٨]، فيه الخلاف المذكور في العمارات. فإن لم يبدله، فللمكتري الخيار. وقوله: (وليس على المكري إبداله)، جواب على[٩] أظهر الوجهين[١٠]، فيجوز أن يعلم بالواو.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

(٢) في (ط العلمية): (ويجوز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٩٠).

(٤) في (ط العلمية): (اقتضاها).

(٥) في (ط العلمية): (المانعة).

(٦) في (ي): (والثاني).

(٧) في (ي)، (ز): (بغير).

(٨) قطع به في «المهذب» (١٥/ ٤٤)، «لأن التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفي المستأجر المنفعة». وكذا في «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

(٩) في (ي): (في).

(١٠) وكذا قطع به في «الوسيط» (٤/ ١٧٦).

قال:

(وتطهيرُ عَرْصةِ الدارِ عن الكُناسةِ[١] والثلج الخفيف، والأَتُّـونِ عن الرَّماد: على المكتري. وتسليمُ الدارِ وبئرِ[٢] الحُشِّ[٣] والبالوعةِ خاليةً على المكري. فإن امتلأ؛ ففي وجوبِ تفريغِه على المكري لبقيّةِ الـمُدّةِ خلاف، وإذا مضَتِ الـمُدّة: فعلى المكتري التفريغُ مِن الكُناسات، ولا يلزمُه تفريغُ البالوعةِ والـحُشّ. ومُستَنقَعُ الحمّامِ كالـحُشّ، ورمادُ الأَتُّونِ كالكُناسةِ).

المسألة الثانية: تطهير الدار عن الكناسة والأتون عن الرماد في دوام الإجارة على المكتري؛ لأنهما حصلا بفعله[٤]، فإن أراد أن يكمل له الانتفاع فليرفعهما.

وكسح[٥] الثلج عن السطح من وظيفة المكري؛ لأنه كعمارة[٦] الدار، فإن تركه على السطح وحدث به عيب، فللمكتري الخيار[٧].

---

(١) الكُناسة ـ بالضم ـ: ما يُكنس، وهي الزُّباله والسباطة والكساحة. «المصباح المنير» (٢/ ٥٤٢) (كنست).

(٢) قوله: (بئر) سقط من (ز).

(٣) الحش: البستان، قال أبو حاتم: يقال لبستان النخل حش، والفتح أكثر من الضم. وبيت الحش مجاز، لأن العرب كانوا يقضون حوائجهم في البساتين، فلما اتخذوا الكنف وجعلوا خَلَفاً عنها أطلقوا عليها ذلك الاسم. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٣٧) (الحش).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

(٥) كسح: يقال: كسحتُ البيت كسحاً، أي كنسته، ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٣٣) (كسحت).

(٦) في (ط العلمية): (عمارة).

(٧) «الوسيط» (٤/ ١٧٦)، «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

قال الإمام[1]: وهل يجبر عليه، ويطالب به؟ فيه ما مر من الخلاف في العمارة.

وفيه وجه: أنا لا نوجب عليه الكسح وإن أوجبنا العمارة، فإن إيجابها؛ لتعود الدار إلى ما كانت، وليس الكسح بهذه المثابة.

وأما الثلج في عرصة الدار، فإن خف ولم يمنع الانتفاع فهو ملحق بكنس الدار، وإن كثف فكذلك على الظاهر. ومنهم من ألحقه بتنقية البالوعة، وفيها خلاف يأتي؛ لأنه يمنع التردد في الدار. وإن أخذنا بظاهر المذهب، فقوله في الكتاب: (عن الثلج الخفيف)، ليس مذكوراً للتقييد.

ويجب على المكري تسليم[2] الدار وبالوعتها فارغة. وكذا الحش؛ ليثبت التمكن من الانتفاع، فإن كان مملوءاً، فللمكتري الخيار. وكذا مستنقع الحمام، وهو الموضع الذي تنصب إليه الغسالة[3]. وإذا امتلأت البالوعة، والحش، ومستنقع الحمام، في دوام الإجارة، فوجهان[4]:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[5] رضي الله عنه، واختاره القاضي الروياني ـ: أن التفريغ على المكري؛ تمكيناً من الانتفاع في بقية المدة[6]. فإن لم يفعل، فللمكتري الخيار.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٩٠-١٩١).

(٢) في (ط العلمية): (تسليم)، وفي غيرها: (أن يسلم).

(٣) الغُسالة: ما غسلت به الشيء. «المصباح المنير» (٢/ ٤٤٧) (غسلته).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٧٦)، «التهذيب» (٤/ ٤٥٦)، «المهذب» (١٥/ ٤٥).

(٥) وذلك: لأن البالوعة مطوية فتحتاج للتنظيف إلى الحفر، وذلك تصرف من المستأجر في ما لا يملكه، فلا يلزمه ذلك. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٨)، «المبسوط» (١٥/ ١٤٢)، «الاختيار» (٢/ ٦٢).

(٦) في (ط العلمية): (من بقية المرة).

وأظهرهما ـ وبه أجاب القاضي الماوردي[١]، وابن الصباغ، والمتولي ـ: أنه على المكتري؛ لأن الامتلاء حصل بفعله، فصار كنقل الكناسات.

فإن تعذر الانتفاع، فلينق ولا خيار له. وفيه وجه: أن له الخيار.

ولا يجب على المكتري تنقية البالوعة والحش عند انقضاء المدة. ويجب عليه التطهير من الكناسات[٢]. ومستنقع الحمام لا يجب تفريغه، كالحش.

وذكر الإمام[٣] وصاحب الكتاب: أن رماد الأتون كالكناسة، حتى يجب نقله عند انقضاء المدة[٤].

وفي «التهذيب»[٥]: أنه لا يجب، ويخالف القمامات[٦]؛ لأن طرح الرماد من ضرورة استبقاء المنفعة.

وفسروا الكناسة ـ التي يجب على المكتري تطهير الدار عنها ـ بالقشور وما يسقط من الطعام ونحوه، دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح؛ لأنه حصل لا بفعله.

لكن قد مرّ في ثلج العرصة[٧] أنه لا يجب على المكتري نقله، بل هو

---

(١) «الحاوي» (٩/ ٢١٨).

(٢) «الوسيط» (٤/ ١٧٧)، «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٩٢-١٩٣).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ١٧٦).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

(٦) القمامة: الكناسة. «المصباح المنير» (٢/ ٥١٦) (القمامة).

(٧) في (ط العلمية): (ثلج على العرصة).

كالكناسات مع أنه حصل لا بفعله، فيجوز أن يكون التراب أيضاً كالكناسات في[١] إنهاء[٢] الإجارة وإن[٣] حصل لا بفعله.

فرع:

الدار المكتراة للسكنى، لا يجوز طرح الرماد والتراب في أصل حيطانها، ولا ربط الدواب فيها[٤]، بخلاف وضع الأمتعة[٥]. وفي جواز طرح ما يسرع إليه الفساد من[٦] الأطعمة وجهان، أصحهما[٧]: الجواز؛ لأنه معتاد.

قال:

(أما الأراضي إذا استُؤجِرَتْ للزراعةِ ولها شِرْبٌ معلوم؛ فالعُرْفُ فيه الاتباعُ وإن لم يُذكَر. وإن كانَ العُرْفُ مُضطرِباً؛ فالأصحّ: أنه لا يُتَّبَع. وقيل: إنّ لفظَ الزراعةِ كالشرطِ للشِّرب. وقيل: يَفسُد؛ لأجلِ هذا التردُّد).

القسم الثاني: الأراضي البيض، فمن مسائله:

---

(١) قوله: (في) سقط من (ي).

(٢) في (ز): (انتهاء).

(٣) في (ي): (وقد).

(٤) لأن للمستأجر أن يستوفي المنفعة المعقود عليها بالمعروف. ولأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، والمتعارف كالمشروط، ومثل ذلك غير متعارف في السكنى. انظر: «المهذب» (١٥/ ٤٩).

(٥) لأنه متعارف في السكنى. انظر: «المرجع السابق» (الصفحة نفسها).

(٦) في (ط العلمية): (في).

(٧) كذا قال أبو إسحاق الشيرازي: أنه الأظهر، لأنه متعارف في سكنى الدار، فلم يجز المنع منه. انظر: «المهذب» (١٥/ ٤٩).

إذا استأجر أرضاً للزراعة، ولها شرب معلوم، فإن شرط دخوله في العقد أو خروجه، اتبع الشرط. وإلا فإن اطردت العادة باتباعه الأرض أو انفراده، اتبعت. وإن اضطربت، فكانت الأرض تكرى وحدها تارة، ومع الشرب تارة[١] أخرى، ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه لا يجعل الشرب تابعاً اقتصاراً على موجب اللفظ، وإنما يزاد عليه بعرف مطرد.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه ـ: يجعل تابعاً[٢]؛ لأن الزراعة مفتقرة إليه، فالإجارة للزراعة كشرط الشرب.

والثالث: أن العقد يبطل من أصله؛ لأن تعارض المعنيين يوجب جهالة المقصود.

قال:

(فإن مضَتِ الـمُدّةُ والزرعُ باق، وإنما بقِيَ لتقصيرِه في الزراعة: قلَعَ مجّاناً، وإن كانَ لغلَبَةِ البَرْد: لم يَقلَعْ مجّاناً؛ فإنه غيرُ مُقصِّر. وإن استأجرَ[٣] لزراعةِ القمحِ شهرَين، فإن شرطَ القَلْعَ بعدَ الـمُدّةِ جاز، وكأنه لا يبغي إلا القَصِيل[٤]، وإن شرطَ الإبقاءَ فهو فاسد؛ للتناقض[٥] بينَه وبينَ التأقيت،

---

(١) قوله: (تارة) سقط من (ي).

(٢) لأن المقصود المنفعة، ولا منفعة دونه. انظر: «الهداية» (٩/ ٨٢)، «الاختيار» (٢/ ٥٢).

(٣) في (ط العلمية): (استؤجر).

(٤) القصيل: هو ما اقتصل من الزرع أخضر، ويُجز أخضر لعلف الدواب، سمي بذلك لأنه يُقصل، أي يُقطع وهو رطب، وقيل لسرعة انقصاله وهو رطب. انظر: «القاموس المحيط» باب اللام، فصل القاف ص١٠٤٨ (قصل)، «المصباح المنير» (٢/ ٥٠٦) (قصلته).

(٥) في (ط العلمية): (لتناقض).

وإن أطلَق؛ فقيل: إنه صحيحٌ ويُنزَّلُ على القَلْع، وقيل: إنه يَفسُد؛ إذ العادةُ تقضي بالإبقاء.

وكذا إن آجَرَ للبناءِ والغراسِ سنةً أو سنتَين: اتُّبِعَ الشرط، فإن أطلق فهو كالزرعِ الذي يبقى، وحيثُ صحَّحْنا ففي جوازِ القَلْع مجّاناً بعدَ المُدّةِ خلاف. وقيل: إنه[1] لا يُقلَع؛ كما في العاريةِ المؤقَّتة، وقيل: إنه يُقلَع؛ إذ فائدةُ التأقيتِ في العاريةِ طلبُ الأُجرةِ بعدَ المُدّة، ولا فائدةَ هاهنا إلا القَلْع.

فإن قلنا: لا يُقلَع مجّاناً؛ فهو كالمُعير، يتَخيَّرُ بينَ القَلْع بالأرش أو الإبقاءِ بأُجرة أو التملُّكِ بعِوَض. ومُباشَرةُ القَلْع أو بدلُ مَؤونتِه على الآجِرِ[2] أو المستأجر؟ فيه خلاف. فإن منعَ المستأجرُ ما عيَّنَه الآجِر[3]؛ قيل: إنه يقلعُ مجّاناً تفريغاً لمِلْكِه، والأقيس: أنه يقلعُ ويَغرَمُ له، ولا يَبطُلُ حقُّه بامتناعِه).

في الفصل صورتان:

إحداهما: إذا استأجر أرضاً للزراعة، فانقضت المدة ولم يدرك الزرع، فلا يخلو إما أن يكون الاستئجار لزراعة زرع معين، أو للزراعة مطلقاً.

أما في الحالة الأولى، فلعدم الإدراك أسباب:

---

(١) قوله: (إنه) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (المؤجر).

(٣) في (ز): (المؤجر).

أحدها: التقصير في الزراعة، بأن أخّرها حتى ضاق الوقت، أو أبدل الزرع المعين بما هو أبطأ إدراكاً، أو أكله الجراد فزرعه ثانياً، فللمالك إجباره على قلعه[١]، وعلى الزارع تسوية الأرض، كالغاصب. هذا لفظه في «التهذيب»[٢]. وقضية إلحاقه بالغاصب[٣]: أن يقلع زرعه قبل انقضاء المدة أيضاً. لكن صاحب «التتمة» وغيره، صرحوا بأنه لا يقلع قبل انقضاء المدة؛ لأن منفعة[٤] الأرض في الحال له[٥].

وللمالك منعه من زراعة ما هو أبطأ إدراكاً في الابتداء[٦]. وهل له المنع من زراعة النوع المعين إذا ضاق الوقت؟ فيه وجهان؛ لأنه استحق منفعة الأرض في تلك المدة[٧]، وقد يقصد القصيل.

والثاني: أن يكون تأخر الإدراك لحرٍّ أو بردٍ: فالظاهر ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه لا يجبر على القلع، بل على المالك الصبر إلى الإدراك مجاناً، أو بأجرة المثل[٨].

وفيه وجه: أنه يقلع مجاناً؛ لأنه لم يرض بشغل ملكه في ما وراء المدة.

---

(١) «لأنه لم يعقد إلا على المدة، فلا يلزمه الزيادة عليها، لتفريط المكتري». «المهذب» (١٥/ ٦٥).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٨٤).

(٣) في (ز): (الغصب).

(٤) قوله: (منفعة) زيادة في (ي)، (ز)، وسقط من (ط العلمية).

(٥) قال النووي: «الصواب ما صرح به المتولي وغيره، وليس مراد البغوي بإلحاقه بالغاصب القلع قبل المدة». «روضة الطالبين» (٥/ ٢١٣).

(٦) «المهذب» (١٥/ ٦٥).

(٧) في (ي)، (ز): (الجهة).

(٨) قال في «المهذب»: «وهو الصحيح». (١٥/ ٦٥).

ومن هذا القبيل ما إذا أكل[١] الجراد رؤوس الزرع فنبتت ثانياً، وتأخر الإدراك لذلك[٢]، وكذا التأخر لكثرة[٣] الأمطار.

والثالث: أن يكون ذلك الزرع المعين، بحيث لا يدرك في المدة، كما إذا استأجر لزراعة الحنطة[٤] شهرين: فإن شرط[٥] القلع بعد مضي المدة جاز، وكأنه لا يبغي إلا القصيل، ثم لو تراضيا على الإبقاء مجاناً أو بأجرة المثل فلا بأس.

وإن شرطا الإبقاء، فسد العقد[٦]؛ للتناقض بينه وبين التأقيت[٧]، ولجهالة غاية الإدراك، ويجيء فيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

وإذا فسد العقد، فللمالك منعه من الزراعة، لكن لو زرع، لم يقلع زرعه[٨] مجاناً؛ للإذن، بل يؤخذ منه[٩] أجرة المثل لجميع المدة[١٠].

وإن أطلقا العقد ولم يتعرضا لقلعٍ ولا إبقاء، فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال الشيخ أبو محمد[١١] ـ: أنه فاسد؛ لأن العادة في الزرع الإبقاء مجاناً، فهو كما لو شرطا الإبقاء.

---

(١) في (ي)، (ز): (أكلت).

(٢) قوله: (لذلك) زيادة في (ز).

(٣) في (ي)، (ز): (بكثرة).

(٤) في (ز): (القمح).

(٥) في (ط العلمية): (فإنه شرط).

(٦) «لأنه شرط ينافي مقتضى العقد». «المهذب» (١٥/ ٦٥).

(٧) في (ط العلمية): (التوقيت).

(٨) قوله: (زرعة) سقط من (ز).

(٩) في (ط العلمية): (فيه).

(١٠) «لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة». «المهذب» (١٥/ ٦٦).

(١١) «الوسيط» (٤/ ١٧٨).

وأصحهما: أن العقد صحيح؛ لأن التأقيت لحصر المعقود عليه في منفعة تلك المدة. فعلى هذا، إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجاناً أو بأجرةٍ، فذاك. وإن أراد المالك إجباره على القلع، فوجهان[١]:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه يتمكن منه؛ لانقضاء المدة التي تناولها العقد، وهذا ما يوافق قوله في الكتاب: (وينزل على القلع).

وأشبههما ـ ويحكى عن اختيار القفال ـ: أنه لا يتمكن منه؛ لأن العادة في الزرع الإبقاء. وعلى هذا، فأظهر الوجهين: أن له أجرة المثل؛ للزيادة.

وفي وجه: لا؛ لأنه إذا أجر مدة لا يدرك فيها الزرع، كان معتبراً للزيادة على تلك المدة.

قال أبو الفرج السرخسي: إذا قلنا: لا يقلع بعد المدة، لزم تصحيح العقد في ما إذا شرط الإبقاء بعد المدة، وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق، وهذا حسن.

والحالة الثانية: إذا استأجر للزراعة مطلقاً، وفرَّعنا على أظهر الوجهين وهو صحته، فعليه أن يزرع ما يدرك في تلك المدة. فإن زرعه وتأخر إداركه لتقصير أو لغير تقصير[٢]، فعلى ما ذكرنا في الزرع المعين. فإن أراد أن يزرع ما لا يدرك في تلك المدة، فللمالك منعه، لكن لو زرع، لم يقلع إلى انقضاء المدة. وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي[٣]: يحتمل ألا يمنع من زرعه، كما لا يقلع إذا زرع.

الصورة الثانية: إذا استأجر للبناء أو الغراس، فإما أن يشترطا القلع بعد المدة، أو يشترطا الإبقاء، أويسكتا عنهما ويطلقا العقد.

---

(١) أطلقها في «المهذب» (١٥/ ٦٦).

(٢) في (ي): (الإدراك إما لتقصير الغير أو تقصيره)، وفي (ز): (الإدراك إما لتقصيره أو لغير تقصيره).

(٣) «المهذب» (١٥/ ٦٥).

إن شرطا[١] القلع صح العقد[٢]، وأمر المستأجر بالقلع بعد المدة، وليس على المالك أرش النقصان، ولا على المستأجر تسوية الأرض ولا أرش نقصانها إن نقصت؛ لتراضيهما بالقلع[٣].

وإن شرطا الإبقاء بعد المدة، فوجهان:

أحدهما: أن العقد فاسد؛ لجهالة المدة. وهذا أرجح في إيراد جماعة، منهم الإمام[٤] وصاحب «التهذيب»[٥].

والثاني: يصح؛ لأن الإطلاق يقتضي الإبقاء على ما سيأتي، فلا يضر شرطه. وهذا ما أجاب به العراقيون كلهم أو معظمهم[٦]، ويتأيد به كلام السرخسي في مسألة الزرع.

وإذا قلنا بالفساد، فعلى المستأجر أجرة المثل للمدة[٧]، وفي ما بعد المدة، الحكم على ما سنذكره في ما إذا أطلقا العقد.

وإن أطلقا العقد وسكتا عن شرط القلع والإبقاء؛ فلفظ صاحب[٨] الكتاب

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (شرط).

(٢) قوله: (العقد) سقط من (ز).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٩)، «المهذب» (١٥/ ٦٩).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٢٦-٢٢٧، ٢٥٥-٢٥٦).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٨٦).

(٦) في (ي): (بعضهم).

وقطع به الماوردي. ويدفع المستأجر الأجرة لما بعد المدة على قول الـمُـزَنيّ، ويكون مستعيراً على قول الشافعي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٩).

(٧) في (ز): (في المدة).

(٨) قوله: (صاحب) سقط من (ي)، (ز).

حيث قال: (فإن أطلق، فهو كالزرع الذي يبقى)، ظاهر الإشعار بأن صحة العقد على وجهين،كما إذا أطلق الاستئجار لزراعة ما لا يدرك في المدة. وإيراد الجمهور يشير إلى القطع بالصحة[١]. والصحيح: الصحة ولا خلاف[٢] فيها.

ثم ينظر بعد المدة، فإن أمكن القلع والرفع من غير نقصان الأرض[٣] فعل، وإلا فإن اختار المستأجر القلع فله ذلك؛ لأنه ملكه. وإذا قلع، فهل عليه تسوية الحفر وأرش نقصان الأرض؟ فيه وجهان، حكاهما القاضي ابن كج وغيره.

وهما كالوجهين في ما إذا رغب المستعير في القلع عند رجوع المعير، هل[٤] عليه التسوية؟ الأصح المنصوص[٥]: الوجوب؛ لتصرفه في أرض الغير بالقلع بعد خروجها من يده، وتصرفه بغير إذن المالك.

وعلى هذا، فلو قلع قبل انقضاء المدة، فيلزمه التسوية؛ لأن المالك لم يأذن، أو لا يلزمه؛ لبقاء الأرض في يده وتصرفه؟ فيه وجهان[٦]، أصحهما: الأول.

وإن لم[٧] يختر[٨] المستأجر القلع، فهل للمؤجر أن يقلعه مجاناً؟ فيه وجهان ـ نقلهما الإمام[٩] وصاحب الكتاب ـ كما في صورة الزرع:

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٦٩)، «التهذيب» (٤/ ٤٨٦).

(٢) في (ز): (الصحة، ولا خلاف)، وفي غيرها: (إذْ لا اختلاف).

(٣) قوله: (الأرض) زيادة في (ط العلمية).

(٤) في (ز): (فهل)، وفي (ط العلمية): (وهل).

(٥) قال الشافعي: «ولرب الغراس إن شاء أن يقلعه على أن عليه ما نقص الأرض والغراس». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٩).

(٦) أطلقها في «المهذب» (١٥/ ٦٩).

(٧) قوله: (لم) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٨) في (ي): (يحسن).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٥٥-٢٥٦-٢٥٨).

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[١] والـمُـزَنيّ[٢] رضي الله عنه ـ: أن له ذلك؛ لأن مدة استحقاق المنفعة قد انقضت[٣].

وأصحهما ـ وقطع به قاطعون ـ: أنه لا يقلع مجاناً؛ لأنه بناء محترم، لم يشترط قلعه. وهذا كما ذكرنا في العارية المؤقتة، فإن ظاهر المذهب فيها: أن بناء المستعير لا يقلع بعد المدة مجاناً[٤].

ومن قال بالأول، فرّق بأن فائدة التأقيت في الإعارة طلب الأجرة بعد المدة، وهاهنا الأجرة لازمة في المدة، فلا فائدة إلا القلع.

ولناصر الأصحّ: أن يمنع قوله إن[٥] الفائدة في الإعارة[٦] طلب الأجرة بعد المدة، وأن الفائدة هاهنا القلع؛ لجواز أن يكون الغرض في الصورتين المنع من إحداث الغراس والبناء بعد المدة، وأن يكون الغرض هاهنا العدول إلى أجرة المثل بعد المدة[٧].

وإن قلنا: لا يقلع مجاناً، فالكلام في أن المالك: يتخير بين أن يقلع ويغرم أرش النقصان مع نقصان الثمار إن كانت على الأشجار ثمار، أو يتملكه عليه

---

(١) انظر: «الاختيار» (٢/ ٥٢)، «العناية» (٩/ ٨٢).

(٢) قال الـمُـزَنيّ: «الأرض والعرصة مردودتان، لأنه لم يعره شيئاً، فعليه رد ما ليس له فيه حق على أهله، ولا يُجبر صاحب الأرض على غراس ولا بناء إلا أن يشاء». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٩).

(٣) واختاره الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٣١٠).

(٤) لكن يتخير مالك الأرض بين أحد ثلاثة أشياء، كما سيأتي.

(٥) قوله: (إن) زيادة في (ي)، (ز).

(٦) في (ي): (الإجارة).

(٧) من قوله: (وأن يكون) إلى هنا سقط من (ز).

بالقيمة، أو يبقيه بأجرة يأخذها[١]. أو لا يتخير إلا بين الخصلتين[٢] الأولين من الخصال الثلاث. على ما ذكرنا في ما إذا رجع المعير عن العارية.

وإذا انتهى الأمر إلى القلع، فمباشرة القلع أو بدل مؤنته، على المؤجر أو المستأجر، فيه وجهان مستنبطان من كلام الأصحاب:

أحدهما: على المؤجر؛ لأنه الذي اختاره.

وأصحهما: على المستأجر؛ لأنه الذي شغل الأرض، فليفرغها.

وإذا عيّن المؤجر خصلة فامتنع المستأجر، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المستعير. فإن أجبر، كلف تفريغ الأرض مجاناً. وإلا لم يكلف، بل هو كما لو امتنع المؤجر من الاختيار، وحينئذ يبيع الحاكم الأرض وما فيها[٣]، أو يعرض عنهما[٤]؟ فيه خلاف قد مرّ.

ويخرج من ذلك عند الاختصار[٥]: في التفريغ مجاناً وجهان ـ كما ذكر[٦] في الكتاب[٧] ـ:

أحدهما: يكلف ذلك؛ ليردّ الأرض كما أخذ، وهذا ما أجاب به في كتاب العارية[٨].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٦).
(٢) قوله: (الخصلتين) سقط من (ي)، (ز).
(٣) قوله: (وما فيها) سقط من (ز).
(٤) في (ط العلمية): (يعوض عنها).
(٥) في (ط العلمية): (الاحتصاد).
(٦) في (ط العلمية): (ذكرنا).
(٧) في (ز): («التهذيب»).
(٨) «الوجيز» (١/ ٢٠٥).

وأقيسهما: المنع، ولا يبطل حقه من العوض بامتناعه[١]، كما أن[٢] من منع المضطر طعامه يؤخذ منه قهراً، ويسلم إليه العوض.

والإجارة الفاسدة للغراس والبناء، كالصحيحة في تخيير المالك ومنع القلع مجاناً[٣].

وقوله في الكتاب: (وكذا إن آجر للغراس والبناء سنة أو سنتين، اتبع الشرط)، أراد به أنه إذا آجر بشرط القلع يتبع الشرط، وكذلك إن آجر بشرط الإبقاء، إذا أوجبنا بأن العقد لا يفسد بهذا الشرط، وذلك بين من سياق الكلام. والتمثيل بالسنتين، مبني على جواز الإجارة أكثر من سنة.

وقوله: (وإن أطلق فهو كالزرع الذي يبقى)، أي: كالإجارة لزرع ما لا يدرك في المدة التي عيّناها، فإن العادة التبقية إلى الإدراك.

وقوله: (لا يقلع كما في العارية)، معلم بالحاء والزاي. وقوله: (يتخير بين القلع) إلى آخره، بالميم؛ لأن الحكاية عن مالك[٤] رضي الله عنه: أن صاحب الأرض بالخيار بين أن يقلع من غير ضمان النقصان، وبين أن يتملك بالقيمة، وبين أن تبقى الأشجار على أن تكون الثمار بينهما.

قال:

(ولو استأجرَ أرضاً للذُّرةِ فله زرعُ القمح، ولو استأجرَ للقمح لم يجُزْ زرعُ[٥] الذُّرة، وله زَرعُ[٦] الشعير. وكذا إذا استأجرَ دُكّاناً لصنعةٍ فلا يُباشِر

---

(١) في (ط العلمية): (باقتناعه).

(٢) قوله: (أن) سقط من (ي).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٤٨٦).

(٤) انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٤٦ – ٤٧).

(٥) قوله: (زرعُ) سقط من (ز).

(٦) قوله: (زرع) زيادة في (ز).

ما ضَرَرُه فوقَها، ويفعلُ ما ضَرَرُه دونَها[١]. فلو استأجرَ للقمحِ فزرعَ الذُّرة، فللآجِر[٢] القلعُ في الحال، فإن لم يَقلَعْ حتى مضَت المُدّة؛ يُخيَّرُ بينَ أُجرةِ المِثل، وبينَ أخذِ المُسمّى وأرشِ نقصِ الأرض. وقيل: إنه يَتعيَّنُ أجرُ المِثل، وقيل: يتعيَّنُ المُسمّى وأرشُ النقص، والنصُّ هو الأوَّل.

ولو عدَلَ من الزرعِ إلى الغَرْس تعيَّنَ[٣] أجرُ المِثل؛ إذ تَغيَّرَ الجنس. ولو عدَلَ من خمسينَ مَنّاً إلى مئةٍ في الحِمْلِ تَعيَّنَ المُسمّى وطلبُ الزيادة؛ لأنه استوفى المعقودَ عليه وزاد).

إذا استأجر أرضاً[٤] لزراعة جنس معين، جاز له أن يزرعه، وما ضرره مثل ضرره أو دونه[٥]، ولا يزرع ما ضرره فوقه[٦].

وضرر الحنطة فوق ضرر الشعير، وكلّ واحدٍ من الذرة والأرز أشد ضرراً من الحنطة. أما الذرة؛ فلأن لها عروقاً غليظة تنتشر في الأرض ويستوفي قوته[٧]. وأما

---

(١) في (ط العلمية): (دونه).

(٢) في (ز): (فللمؤجر).

(٣) في (ط العلمية): (يتعين).

(٤) قوله: (أرضاً) سقط من (ز).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (أو دون ذلك).

(٦) قال الشافعي: «ولو اكتراها ليزرعها قمحاً، فله أن يزرعها ما لا يضر بالأرض إلا إضرار القمح». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٨ – ٢٢٩).

(٧) كذا، وهو موافق لما في المطبوع من كتاب «العزيز» (٦/ ١٣٤)، وقال في «أسنى المطالب في شرح روض الطالب» لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ـ (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، تحقيق د. محمد محمد تامر) ـ (٢/ ٤٢١): «لأنّ للذُّرةِ عُروقاً غليظَةً تَنتشِرُ في الأَرْضِ وَتَستَوفي قُوَّتَها». (م ع).

الأرز؛ فلأنه يحتاج إلى السقي[1] الدائم، وأنه يذهب بقوة الأرض.

وعن «البويطي»: أنه لا يجوز العدول إلى غير الزرع المعين. فمن الأصحاب من قال: إنه قول الشافعي رضي الله عنه رواية. ومنهم من قال: رأي رآه.

ووجه ظاهر المذهب: أن المعقود عليه منفعة الأرض، والمزروع طريق في الاستيفاء فلا يتعين، كما أنه إذا كان له حق على غيره، يتخير بين أن يستوفيه بنفسه أو بغيره[2].

هذا في تعيين الجنس، أو النوع. أما إذا عين الشخص، كما إذا قال: «آجرتكها، لتزرع هذه الحنطة»، فعن ابن القطان: أن صحة العقد على وجهين:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك الحنطة قد تتلف، فيتعذر الزرع[3].

والثاني ـ وهو اختيار القاضي ابن كج ـ: أنه كتعيين الجنس، ولا تتعذر الزراعة بتلف تلك الحنطة.

والأول هو الذي أجاب به في «التهذيب»[4]، إلا أنه صور[5] فيها إذا قال: «لتزرع[6] هذه الحنطة دون غيرها»، فصرح بنفي زراعة الغير.

ولو قال: «لتزرع[7] الحنطة، ولا تزرع غيرها»، ففيه ثلاثة أوجه[8]:

---

(١) في (ط العلمية): (السعي).

(٢) وكما أنه لو تسلم الأرض ولم يزرعها، تلزمه الأجرة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٤).

(٣) في (ز): (فتتعذر الزراعة).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤٨٤).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (صورهما).

(٦) في (ط العلمية): (نزرع).

(٧) في (ط العلمية): (نزرع).

(٨) حكاه ابن أبي هريرة. «الحاوي» (٩/ ٣٠٥).

أحدها: أنه يفسد العقد؛ لأن الشرط إذا لم يكن من قضايا العقد ولا من مصالحه يفسد، والإجارة تفسد بالشروط الفاسدة كالبيع. وذكر القاضي ابن كج والروياني[1] أنه المذهب[2].

والثاني ـ واختاره الإمام[3] ـ: أنه يصح العقد، ويفسد الشرط؛ لأنه شرط لا يتعلق به غرض، فأشبه ما إذا قال: «آجرتك على ألا تلبس إلا الحرير».

والثالث: أنه يصح العقد والشرط؛ لأن المستأجر يملك المنفعة من جهة المؤجر، فيملك بحسب التمليك.

وعلى هذا قياس استبقاء سائر المنافع: فإذا استأجر دابة للركوب في طريق، لم يركبها في طريق أحزن[4] منه، ويركبها في مثل ذلك الطريق وفي ما هو أسهل منه.

وإذا استأجر لحمل الحديد، لم يحمل القطن، وكذا[5] بالعكس.

وإذا استأجر دكاناً لصنعة، فله أن يباشرها وما دونها في الضرر، دون ما فوقها.

إذا تقرر ذلك، فلو تعدى المستأجر لزراعة الحنطة فزرع الذرة، ولم يتخاصما

---

(١) قوله: (والروياني) سقط من (ي).

(٢) قال النووي: «الأول أقوى». «روضة الطالبين» (٥/ ٢١٧).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٤٤-٢٤٥).

(٤) في (ي): (أخشن).

أحزن: الحَزْن ـ بالفتح ـ: ما غلظ من الأرض، وقال بعضهم: ما غلظ من الأرض في ارتفاع. والخِشان ـ بالكسر ـ: ما خشن من الأرض، يقال أرض خشناء، أي غليظة فيها حجارة ورمل. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب النون (٩/ ١٧٤) (حَزِن). فصل الخاء، باب النون (٩/ ١٩٢) (خشن).

(٥) في (ي)، (ز): (وكذلك).

حتى انقضت المدة، وحصد الذرة، فالنص في «المختصر»[(١)]: أن المالك بالخيار: بين أن يأخذ المسمى وبدل النقصان الزائد على زراعة الحنطة وزراعة الذرة. وبين أن يأخذ أجرة المثل لزراعة الذرة. ثم قال الـمُـزَنيّ: يشبه أن يكون الأول أولى. واختلف الأصحاب على طريقين:

أشهرهما: أن[(٢)] المسألة على قولين[(٣)]، وفي كيفيتهما طريقان:

أظهرهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أن أحد القولين وجوب أجرة المثل؛ لأنه عدل عن المستحق إلى غيره، فأشبه ما إذا زرع أرضاً أخرى.

والثاني ـ وهو اختيار الـمُـزَنيّ[(٤)] ـ: أن الواجب المسمى، وبدل النقصان الزائد بسبب الذرة؛ كما لو استأجر الدابة للركوب إلى موضع، فجاوز ذلك الموضع.

والطريق الثاني ـ وبه قال ابن القطان ـ: أن أحد[(٥)] القولين في[(٦)] وجوب المسمى وبدل نقصان الذرة.

والثاني: التخيير كما نصّ عليه؛ لأن للمسألة شبهاً بزراعة الغاصب، من

---

(١) قال الشافعي: وإن كان يضر بها مثل عروقٍ تبقى فيها، فليس له ذلك، فإن فعل فهو متعدٍّ، ورب الأرض بالخيار إن شاء أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما يُنقصها زرع القمح، أو يأخذ منه كراء مثلها. «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٩).

(٢) في (ط العلمية): (أنه).

(٣) وهو من تخريج الـمُـزَنيّ وأبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة. «الحاوي» (٩/ ٣٠٦).

(٤) (الـمُـزَنيّ): كذا في (ز)، وفي غيرها: (القاضي الروياني).
قال الـمُـزَنيّ: «يشبه أن يكون الأول أولى». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٩).

(٥) قوله: (أحد) سقط من (ي).

(٦) قوله: (في) سقط من (ز).

حيث إنه زرع ما لم يستحقه، وموجبها أجرة المثل. وشبهاً[١] بما إذا استأجر دابة إلى موضع وجاوزه، من حيث إنه استوفى المستحَق[٢] وزاد في الضرر، وموجبها المسمى وبذل المثل[٣] لما زاد. فخيرناه بينهما. وأيضاً: فإن المكري استحق أجرة الذرة، والمكتري[٤] استحق منفعة زراعة الحنطة، وقد فاتت بمضي المدة: فإما أن يأخذ المكري ما يستحق، ويرد ما أخذ. وإما أن يتقاضيا، ويأخذ الزيادة.

وذكر الذاهبون إلى هذه الطريقة للقولين هكذا، مأخذين[٥]:

أحدهما: قربوهما[٦] من القولين في ما إذا تصرف[٧] الغاصب في الدراهم المغصوبة وربح: فعلى أحدهما: يأخذ المالك مثل دراهمه[٨]. وعلى الثاني: يتخير بينه وبين أن يأخذ الحاصل بربحه.

والثاني: قال الشيخ أبو محمّد في «السلسلة»: قول الرجوع إلى أجرة المثل، مبني على أن البائع إذا أتلف المبيع قبل القبض ينفسخ البيع، ويُقدر كأن العقد لم يكن.

والتخيير مبني على أن البيع لا ينفسخ، بل يتخير المشتري بين أن يفسخ ويسترد الثمن، وبين أن يتخير ويرجع على البائع بالقيمة.

---

(١) في (ط العلمية): (شبهاً).

(٢) في (ز): (المنفعة).

(٣) في (ط العلمية): (المال).

(٤) في (ي)، (ز): (المكري).

(٥) في (ط العلمية): (فأخذين).

(٦) في (ط العلمية): (قرنوهما).

(٧) في (ط العلمية): (الصرف).

(٨) في (ز): (ربح دراهمه).

وهذا البناء ليس بواضح؛ لأن المكري هو الذي يقع في رتبة البائع، ولم يوجد منه إتلاف، وإنما المكتري فوت المنفعة المستحقة على نفسه، فكان ذلك بإتلاف المشتري أشبه.

والطريق الثاني في أصل المسألة: القطع بالتخيير[١]، وهو أوفق لظاهر النصّ، وبه قال أبو علي الطبري والقاضي أبو حامد، وكذا ابن سريج[٢] في ما حكاه القاضي ابن كج.

ونقل الشيخ أبو حامد ومن تابعه، ذهاب ابن سريج إلى الأول من طريقي القولين، ونسب ذلك إلى الـمُـزَنيّ أيضاً؛ لأنه قال بعد ذكر التخيير: «يشبه أن يكون الأول أولى»، فأشعر بأن طرفي التخيير قولان.

ولكن من قال بالطريق الثاني والثالث أوّل[٣]، فقال: أراد أولى وجهي الخيار، لا أولى القولين[٤]. وحينئذٍ، فلا يكون مثبتاً قولين، والله أعلم.

هذا[٥] إذا تخاصما بعد انقضاء المدة وحصاد الذرة. أما إذا تخاصما في ابتداء قصده زراعة الذرة، معناه منها[٦]. وإن تخاصما بعد الزراعة وقبل الحصاد، فله قلعها.

وإذا قلع، فإن تمكن من زراعة الحنطة زرعها، وإلا لم يزرع، وعليه الأجرة لجميع المدة؛ لأنه المفوت لمقصود العقد على نفسه.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٨٤).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٦).

(٣) في (ز): (أولى)، وفي (ط العلمية): (تراجع أولى).

(٤) في (ط العلمية): (وجهي القولين).

(٥) قوله: (هذا) زيادة في (ي).

(٦) في (ز): (ومنعناه)، في (ي): (منها بعد الزراعة).

ثم إن لم تمض مدة تتأثر بها الأرض، فذاك. وإن مضت، فالمستحق[١]: أجرة المثل، أم قسطها من المسمّى وزيادة النقصان، أم يتخير بينهما؟ فيه ما تقدم من الطرق.

وهي جارية في ما إذا استأجر داراً ليسكنها فأسكنها الحدادين أو القصارين، أو دابة ليحمل عليها قطناً فحمل عليها بقدره حديداً، أو غرفة ليطرح فيها مئة رطل[٢] من الحنطة فأبدلها بالحديد.

وكذلك في كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد. فإن تميز، كما إذا استأجر دابة ليحمل خمسين منًّا فحمل مئة، أو إلى موضعٍ فجاوزه، فالواجب: المسمّى، وأجرة المثل لما زاد[٣].

ولو عدل من الجنس المشروط إلى غيره، كما إذا استأجر للزرع فغرس[٤] أو بنى: فالواجب أجرة المثل. ومنهم من طرد الخلاف فيه.

وقوله في الكتاب: (يخير بين أجرة المثل) إلى آخره، حاصل ما يخرج في المسألة من الأقوال أو الأوجه. وفي نظمه، إشعار بترجيح التخيير بين[٥] ثلاثتها، على ما ذكره كثيرون. وقوله: (وبين أخذ المسمى وأرش نقص الأرض)، فيه مباحثة: وهي أن هذا اللفظ يسبق إلى الفهم منه: أو[٦] ما ينقص من قيمة الأرض.

---

(١) في (ط العلمية): (فلمستحق).

(٢) قوله: (رطل) سقط من (ي)، وفي (ز): (مَنٍّ).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٤).

(٤) قال الشافعي: «ولو أراد الغراس فهو غير الزرع». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٩).

(٥) في (ز)، (ط العلمية): (من).

(٦) في (ز): (أن).

ويقرب منه قوله في «المختصر»[١]: «ورب الأرض بالخيار، إن شاء أخذ[٢] الكراء، وما[٣] نقصت الأرض[٤] مما ينقصها زرع القمح»، ومنهم من يقول بدل هذه اللفظة: «إنه يأخذ المسمى وأجرة المثل لما زاد»، فهما عبارتان عن معبر واحد، أم كيف الحال؟

والجواب: إن جعل[٥] نقصان القيمة والأجرة شيئاً[٦] واحداً، بعيد، بل لكل زراعة أجرة، ولا يكاد تنقص قيمة الأرض[٧] بها، وإن اشتدّ ضررها. والذي يتجه: أخذه مع المسمّى، بدل المنفعة التي استوفاها فوق المستحق، وبدل المنفعة الأجرة.

فليحمل لفظ: (نقص الأرض)، على الضرر الذي لحقها بما استوفاه من[٨] المنفعة. وأرشه جزء من أجرة ما استوفاه، وهو تفاوت[٩] ما بينها وبين أجرة المنفعة المستحقة. وحققه بعض الشارحين لـ «المختصر» فقال: كأن أجرة مثلها للحنطة خمسون، وللذرة سبعون، والمسمى[١٠] أربعون، يأخذ الأربعين، وتفاوت ما بين الأجرتين[١١]، وهو عشرون.

---

(١) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٩).

(٢) في (ي)، (ز): (أخذ)، وفي (ط العلمية): (اختار).

(٣) في (ز): (وما)، وفي غيرها: (أو ما).

(٤) قوله: (الأرض) سقط من (ي).

(٥) في (ي): (إن حصل)، وفي (ط العلمية): (إنه جعل).

(٦) في (ط العلمية): (وهذا يعتد بل شيئاً).

(٧) في (ي)، (ز): (الرقبة).

(٨) قوله: (من) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٩) في (ط العلمية): (يفارق).

(١٠) في (ي): (والمستحق).

(١١) في (ط العلمية): (الآخرين).

قال رحمه الله:

(أما في الدوابّ: فيجبُ على مكري الدابّةِ تسليمُ الإكافِ والحزام والثَّـفَرِ[١] والبُرةِ[٢] والخِطام[٣]. وفي حقِّ الفَرَسِ في السَّرْج خلاف. والمِحْمَلُ والمِظلّةُ والغِطاءُ وما يُشَدُّ به أحدُ المِحمَلَينِ إلى الآخَر: فعلى المكتري. والوِعاءُ الذي فيه نقلُ المحمول؛ على المكتري إن وردَتِ الإجارةُ على عَينِ الدابّة، وإن وردَت على الذِّمّةِ فعلى المكري. والدَّلْوُ والرِّشاءُ[٤] في الاستقاءِ كالوِعاء. ويجبُ تقديرُ الطعام المحمول، فلو فني؛ فالأظهر أنّ له إبدالَه).

النوع الثالث: استئجارُ الدوابِّ، وفي الفصلِ منه ثلاثُ صور:

إحداها: إذا اكترى للركوب: أطلق صاحب الكتاب وأكثرهم: أنّ على المكري الإكاف والبرذعة[٥] والحزام والبرة والثفر والخِطام؛ لأنه لا يتمكن من

---

(١) الثَّفَر ـ بالتحريك ـ: هو السير الذي في مؤخر السرج. انظر: «تاج العروس» فصل الثاء، باب الراء (٣/ ٧٦) (ثفر).

(٢) البُرَة: وهي حلقة تُجعل في أنف البعير، تكون من صُفْر ونحوه. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٤٦) (البُرَة).

(٣) الخِطام: قال ابن الأثير: خطام البعير: أن يأخذ حبلًا من ليف أو شعر أو كتان فتجعل في أحد طرفيه حلقة، ثم يشد فيه الطرف الآخر حتى يصير كالحلقة، ثم يُقلد البعير ثم يثنى على مخطمه. والمخطم من الدابة: مقدم أنفها وفمها. انظر: «تاج العروس»، فصل الخاء، باب الميم (٨/ ٢٨١) (خَطَم).

(٤) الرِّشاء: الحبل والجمع أرشية، مثل كساء وأكسية. انظر: «تاج العروس» فصل الراء، باب الواو والياء (١٠/ ١٥٠) (رشا)، «المصباح المنير» (١/ ٢٢٨) (الرشوة).

(٥) البرذَعَة: حِلْسٌ يُجعل تحت الرَّحل، والجمع: براذع. والبرذعة للحمار ما يُركب عليه، بمنزلة السرج للفرس. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٤٣) (البرذعة).

الركوب دونها[١]، والعرف مطرد بكونها من قبل المكري. وفي السّرج إذا اكترى الفرس، ذكروا وجهين:

أظهرهما[٢]: لزومه، كالإكاف.

وثانيهما: المنع؛ لاضطراب العادة[٣] فيه.

وأجاب القاضي ابن كج بوجه ثالث: وهو اتباع العادة فيه.

وقال أبو الحسن العبادي في «الرقم»: مكري الدابة لا يلزمه إلا تسليمها عارية، والآلات كلها على المكتري.

وفي «التهذيب»[٤] ما هو كالتوسط في هذه الآلات: فأطلق اللزوم في ما عدا السرج والإكاف والبرذعة. وفصّل في ثالثها: بين أن تكون الإجارة على عين الدابة، فهي على المكتري، ويضمن لو ركب بغير سرج وإكاف. وإن كانت في الذمة، فهي على المكري؛ لأنها للتمكين من الانتفاع. وأما ما هو للتسهيل على الراكب كالمحمل والمظلة والوطاء والغطاء، والحبل الذي يشد به المحمل على الجمل، والذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فهو على المكري، والعرف مطرد به.

وفي «المهذب»[٥]: حكاية وجهين[٦] في الذي يُشد به أحدهما إلى الآخر،

---

(١) فكانت من حقوق التمكين اللازمة له. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٨)، «المهذب» (١٥/ ٤٤).

(٢) في (ز): (أحدهما).

(٣) في (ط العلمية): (العرف).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤٦٠).

(٥) «المهذب» (١٥/ ٤٤).

(٦) كذا في «الحاوي» (٩/ ٢٣٨).
في (ز): (وجه).

وهـذا بعيـد، مع القطـع في نفـس المحـمل وسـائر تـوابعه المـذكورة، بأنها على المكتري[١].

ولكن الأقوم ما في «تعليق الشيخ أبي حامد» وغيره، وهو ردّ الوجهين إلى أن[٢] شدّ أحدهما إلى الآخر على مَنْ؟

ففي وجه: هو على المكتري، كالشدّ على الحمل[٣].

وفي الثاني: على المكري؛ لأنه إصلاح ملكه.

وجميـع مـا ذكرنـاه، في ما إذا أطلـقا العـقد. أما إذا قال: «أكريتك هذه الدابة العارية[٤] بلا إكاف ولا حزام ولا غيرهما»، لم يلزمه شيء من الآلات.

الثانية: إذا اكترى للحمل، فالوعاء الذي ينتقل فيه المحمول على المكتري إن وردت الإجارة على عين الدابة، وعلى المكري إن وردت على[٥] الذمة؛ ووجه ذلك: أنها إذا وردت على العين، فليس عليه إلا تسليم الدابة بالإكاف وما في معناه، وإذا كانت في[٦] الذمة، فقد التزم النقل، فليهيئ أسبابه، والعادة مؤيدة له.

والدلو والرشاء في الأكثر للاستقاء، كالوعاء في الحمل، فيلزم المكري إن كانت الإجارة في الذمة.

---

(١) قال في «روضة الطالبين» (٥/ ٢١٩): «وفي «المهذب» وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر: أنه على المستأجر، وهو شاذ بعيد، مع القطع بأن المحمل وسائر توابعه على المستأجر».(م ع).

(٢) قوله: (أن) سقط من (ي)، وفي (ط العلمية): (أنه).

(٣) في (ي): (المحمل).

(٤) في (ط العلمية): (العادية).

(٥) في (ي)، (ز): (كانت في).

(٦) قوله: (في) سقط من (ط العلمية)، وفي (ي): (على).

وعن القاضي الحسين: أنه إن كان الرجل معروفاً بالاستقاء بآلات[١] نفسه، لزمه الإتيان بها. وهذا يجب طرده في الوعاء.

ورأى الإمام[٢] في إجارة الذمة، الفرق بين أن يلتزم العوض مطلقاً، ولا يتعرض للدابة، فتكون الآلات عليه، وبين أن يتعرض لها بالوصف، فحينئذ يتبع العادة، فإن اضطربت العادة احتمل؛ واحتمل لأن التعرض للدابة يشعر بالاعتماد على الإتيان بها.

وإذا رأينا اتباع العادة، فاضطربت العادة، فهل يشترط التقييد لصحة العقد؟ أشار إلى خلاف فيه، والظاهر: اشتراطه.

ومؤونة الدليل[٣] والسائق والبذرقة[٤] وحفظ المتاع في المنزل، كالوعاء.

الثالثة: الطعام المحمول ليؤكل في الطريق، كسائر المحمولات في أنه لا بد من رؤيته، أو تقديره بالوزن.

وعن ابن القطان وغيره، وجه: أنه لا حاجة إلى تقديره، بل يرد الأمر فيه إلى العادة.

ولا حاجة إلى تقدير ما يؤكل منه[٥] كل يوم؛ لصحة العقد. وفيه وجه أيضاً.

---

(١) في (ط العلمية): (بالآلات).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٨٣-٣٨٤).

(٣) أي: إن كانت الإجارة في الذمة، فأجرة الدليل ومؤنته على المكري. وإن كانت الإجارة على العين، فهي على المكتري. انظر: «المهذب» (١٥/ ٤٥).

(٤) البذرقة: الخفارة، والمبذرق الخفير. وهي فارسية معربة، وأصلها مركب من بد وراه، والمعنى: الطريق الرديء، فعرّبوا الهاء بالقاف وأعجموا الذال. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب القاف (٦/ ٢٨٤) (البذرقة).

(٥) قوله: (منه) سقط من (ز).

وإذا قدره وحمله؛ فإن شرط أنه يبدله كلما انتقص أو لا يبدله، اتبع الشرط. وإلا، فإن فني بعضه أو كله بسرقة أو تلف فله الإبدال، كسائر المحمولات. وإن فني بالأكل[١] فكذلك.

وحكى الإمام[٢] وجهاً: أنه لا يبدل؛ فإن المكتري[٣] إنما يحمله ليؤكل. ثم[٤] المكتري يشتري في كل مرحلة قدر الحاجة. والمذهب الأول.

فإن فني بعضه، فقولان[٥] ـ ويقال: وجهان ـ:

أصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٦] رضي الله عنه، واختاره الـمُـزَنيّ[٧] ـ: أنه يبدله كسائر المحمولات، إذا باعها أو تلفت.

والثاني: المنع؛ لأن العادة في الطعام أنه لا يبدل كلّ قدر يؤكل[٨]، وإنما يبدل عند نفاذه.

وموضع القولين ـ على ما ذكره أبو إسحاق[٩] ـ: ما إذا كان يجد الطعام في المنازل

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (وإن فني بالأكل، فإن فني الكل)، وهو الموافق لما في «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٠).(م ع).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٤٢-١٤٣).

(٣) في (ي)، (ز): (المكري).

(٤) في (ط العلمية): (لأن).

(٥) كذا في «المهذب» (١٥/ ٥٢).

(٦) انظر: «المبسوط» (١٦/ ٢١).

(٧) قال الشافعي: «والقياس أن يبدل ما يبقى من الزاد. ولو قيل: إن المعروف من الزاد ينقص فلا يبدل، كان مذهباً». قال الـمُـزَنيّ: «الأول: أقيسهما». «مختصر الـمُـزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٨) في (ز): (يؤخذ).

(٩) أي أبو إسحاق المروزي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٦ - ٢٤٧)، «المهذب» (١٥/ ٥٢).

المستقبلة[١] بسعر المنزل الذي هو[٢] فيه. أما إذا لم يجده، أو وجده بسعر أرفع، فله الإبدال لا محالة. وهذا ما أجاب به الإمام[٣] والشيخ أبو إسحاق[٤] في «التنبيه».

وإذا فرعنا على[٥] أنه لا حاجة إلى تقدير الزاد وحمل ما يعتاد لمثله، لم يبدله حتى يفنى الكل. وفيه وجه ضعيف.

ولا يخفى مما ذكرناه، أنه يجوز إعلام قوله: (فيجب على مكري الدابة تسليم الإكاف)، بالواو. وكذا إعلام قوله: (ويجب تقدير الطعام المحمول).

قال:

(ويجبُ على المكري إعانةُ الراكبِ للنزولِ والركوبِ في الـمُهِمّاتِ الـمُتكرِّرة، وكذا الإعانةُ على رَفْع الحِمْلِ وحطِّه، وكذا في المِحْمَل، إلا إذا وردَت الإجارةُ على عَينِ الدابّةِ وسُلِّمَ إلى يدِ المكتري).

إذا اكترى للركوب في الذمة، وجب على المكري الخروج مع الدابة؛ ليسوقها ويتعهدها، وإعانة الراكب في الركوب والنزول.

ويراعي العادة في كيـفية الإعانة، فينيخ[٦] البعير للمرأة؛ لأنه يصعب عليها

---

(١) في (ط العلمية): (المستقبلية).

(٢) قوله: (هو) سقط من (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٤٣-١٤٤).

(٤) المقصود: أبو إسحاق الشيرازي.

(٥) قوله: (على) سقط من (ي).

(٦) ينيخ: يقال: أنخت الجمل أبركته فأناخ الجمل نفسه. والنوخة الإقامة، والمناخ بالضم: مبرك الإبل، وهو الموضع الذي تناخ فيه الإبل. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب الخاء (٢/ ٢٨٤) (تنوخ).

الركوب والنزول في حال قيام البعير، ويخاف عليها التكشف[(١)].

وكذلك لو كان الرجل ضعيفاً بمرض أو شيخوخة، أو كان مفرط السمن أو نضو[(٢)] الخلق، ينيخ له البعير[(٣)]، ويقرب البغل والحمار من نشز[(٤)]؛ ليسهل الركوب.

والاعتبار في القوة والضعف بحال الركوب، لا بحال العقد.

فإن اكترى للحمل في الذمة، فعلى المكري رفع الحمل[(٥)] وحطه، وشد المحمل وحله[(٦)].

وفي شد أحد المحملين إلى الآخر وهما بعد على الأرض، ما سبق من الوجهين.

ويقف الدابة؛ لينزل الراكب، لما لا يتهيأ عليها كقضاء الحاجة والوضوء وصلاة الفرض، وإذا نزل انتظره المكري ليفرغ منها.

ولا يلزمه المبالغة في التخفيف، ولا القصر ولا الجمع[(٧)]، وليس له الإبطاء ولا التطويل[(٨)].

---

(١) قال الشافعي: «وعليه أن يُركِب المرأة وينزلها عن البعير باركاً، لأنه ركوب النساء». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٢) النضو: هو المهزول من الإبل وغيرها. والجمع أنضاء. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب الواو والياء (١٠/ ٣٧١) (نضو).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٢)، «المهذب» (١٥/ ٤٥).

(٤) النشز: المكان المرتفع من الأرض، وجمعه: نشوز. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب الزاي (٤/ ٨٦) (نَشَزَ).

(٥) في (ي): (المحمل).

(٦) في (ز): (وحطه).

(٧) قال الشافعي: «وينزل الرجل للصلاة وينتظره حتى يصليها غير معجل له، ولما لا بد له منه من الوضوء». «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٨) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٢).

في (ز): (ولا التطويل).

قال القاضي الروياني في «البحر»[١]: وله النزول في أول الوقت؛ لينال فضله[٢]، ولا يقف للنوافل والأكل والشرب؛ لتأتيها على الراحلة.

وإن ورد العقد على دابة بعينها، فالذي يجب على المكري: التخلية بينها وبين المكتري. وليس عليه أن يعينه في الركوب ولا في الحمل.

هـذا ما يوجـد للأكثـرين في نوعـي الإجارة[٣]. وحكى الإمام[٤] وراءه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يفرق في إجارة الذمة بين أن يقول: «علي التبليغ»، فيقول: «ألزمت ذمتك تبليغي إلى موضع كذا»، ويقع ذكر الدابة تبعاً، فيلزمه الإعانة. وبين[٥] أن يقول: «علي الدابة»، فيقول: «ألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها[٦] كذا»، فلا يجب.

والثاني: أنه يجب الإعانة على الركوب في إجارة العين أيضاً[٧].

والثالث: أنها تجب في الحمل[٨]، سواء كانت الإجارة على[٩] الذمة أو على

(١) في (ز): (التجريد).
(٢) في (ز): (فضيلة الوقت).
(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٩).
(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٤٧).
(٥) في (ط العلمية): (وهي).
(٦) في (ي)، (ط العلمية): (صنعتها).
(٧) قال الماوردي: «القيام بالبعير المكري في قوده وتسييره ونزوله ورحيله مستحق على الجمّال المكري دون الراكب الـمكتري، سواء وقع العقد على معين أو مضمون، لما عليه من حقوق التمكين». «الحاوي» (٩/ ٢٤١).
(٨) في (ي)، (ط العلمية): (للحمل).
(٩) في (ط العلمية): (على)، وفي (ي)، (ز): (في).

العين؛ لاطراد العادة بالإعانة على الحط والحمل، وإن اضطربت في الركوب. وهذا ما اختاره صاحب الكتاب في «الوسيط»[١].

ورفع المحمل وحطه كالحمل.

فروع:

أحدها[٢]: قال الشافعي رضي الله عنه: «إذا اختلفا في الرحلة[٣]، رحل لا مكبوباً[٤] ولا مستلقياً»[٥]. واختلفوا في تفسيره: فعن أبي إسحاق[٦]: أن المكبوب: أن يجعل مقدم المحمل أو الزاملة أوسع من المؤخر، والمستلقي عكسه. وقيل: المكبوب: أن يضيق المقدم والمؤخر جميعاً، والمستلقي أن يوسعهما[٧] جميعاً. وعلى التفسيرين، فالمكبوب[٨] أسهل على الدابة، والمستلقي أسهل على الراكب، وإذا اختلفا فيهما، حملا على الوسط المعتدل، وكذلك إذا اختلفا في كيفية الجلوس.

وليس للمكري منع الراكب من النوم في وقته المعتاد، ويمنعه في غير ذلك الوقت؛ لأن النائم يثقل، قاله القاضي ابن كج.

---

(١) «الوسيط» (٤/ ١٨٤).

(٢) في (ط العلمية): (أحدهما).

(٣) في (ي): (الراحلة).

(٤) المكبوب: يقال: كببت زيداً كبّاً، أي ألقيته على وجهه، فأكبّ. قال تعالى: ﴿أَفَمَن يَمْشِى مُكِبًّا عَلَىٰ وَجْهِهِۦٓ﴾ [الملك: ٢٢]. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٢٣) (كببت).

(٥) «مختصر المُزَنيّ» (٨/ ٢٢٦).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٦)، ولابن أبي هريرة وأبي علي الطبري تأويل آخر.

(٧) في (ي)، (ز): (يوسعها).

(٨) في (ط العلمية): (المكبوب).

وثانيها[1]: قد يعتاد النزول والمشي عند الرواح: فإن شرطا أن ينزل أو لا ينزل، اتبع الشرط[2][3]. قال الإمام[4]: ويعرض في شرط[5] النزول إشكال؛ لتقطع[6] المسافة، ويقع في كراء العُقَب[7]، لكن الأصحاب احتملوه بناءً على التساهل. وإن أطلقا، لم يجب النزول على المرأة والمريض، وفي الرجل القوي وجهان؛ لتعارض اللفظ والعادة[8].

وكذا حكم النزول على العقبات[9] الصعبة.

وثالثها: إذا اكترى دابة إلى بلدة فبلغ عمرانها، فللمكري[10] استرداد الدابة، ولا يلزمه تبليغه داره. ولو اكترى إلى مكة، لم يكن له الحج عليها.

---

(١) في (ط العلمية): (ثانيهما).

(٢) ويجري ذلك مجرى أوقات الاستراحة. «الحاوي» (٩/ ٢٤٠).

(٣) من قوله: (قاله القاضي) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٤٦).

(٥) في (ز): (شرطه).

(٦) في (ز): (ليقطع).

(٧) العُقَب: جمع عُقْبة بالضم، وهي النوبة. يقال: تعاقب المسافران على الدابة، أي ركب كل واحد منهما عقبة. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب القاف (١/ ٣٨٩) (عقب).

(٨) انظر: «المهذب» (١٥/ ٤٩)، «حلية العلماء» (٥/ ٤١٠).

(٩) في (ي): (العقاب).

العقبات: جمع عَقَبة بالتحريك، وهي: المرقى الصعب من الجبال، أو الجبل الطويل يعرض للطريق فيأخذ فيه، وهو طويل صعب شديد. والجمع عقاب وعقبات. انظر: «تاج العروس»، فصل العين، باب الباء (١/ ٣٩٠) (عقب).

(١٠) في (ي)، (ز): (فللمكتري).

وإن اكتراها[١] للحج عليها، ركبها إلى «منى» ثم إلى «عرفات» ثم إلى «مزدلفة» ثم إلى «منى» ثم إلى «مكة» للطواف. وهل يركبها من «مكة» عائداً إلى «منى» للرمي والطواف؟ فيه وجهان[٢].

قال:

(ومهما تَلِفَتِ الدابّةُ الـمُعيَّنة: انفسخَت. وإن أُورِدَ على الذِّمّةِ فسَلَّمَ دابّةً فتَلِفَتْ: لم يَنفَسِخ، وكذا إن وجدَ بها عَيباً).

إذا اكترى دابة بعينها فتلفت، انفسخ العقد[٣]. وإن وجد بها عيباً، فله الخيار، كما لو وجد المبيع معيباً. والعيب بأن تتعثر في المشي، أو لا تبصر بالليل، أو يكون بها عرج[٤] تتخلف به[٥] عن القافلة، ومجرد خشونة المشي ليس بعيب[٦].

وإن كانت الإجارة في الذمة وسلم دابة فتلفت، لم ينفسخ العقد. وإن وجد بها عيباً، لم يكن له الخيار في فسخ العقد، ولكن على المكري الإبدال، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً[٧].

واعلم أن الدابة المسلمة عن الإجارة في الذمة، وإن لم ينفسخ العقد بتلفها، فإنه يثبت للمكتري فيها حق واختصاص، حتى يجوز له إجارتها.

---

(١) في (ي): (أكراها).

(٢) قال النووي: «قلت: ينبغي أن يكون أصحهما استحقاقه ذلك، لأن الحجّ لم يفرغ، وإن كان قد تحلل». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٣).

(٣) و«كانهدام الدار، وموت العبد». «الحاوي» (٩/ ٢٤١).

(٤) في (ي): (عرض).

(٥) في (ط العلمية): (بها).

(٦) «لأن ذلك لا تنقص به المنفعة». «المهذب» (١٥/ ٧٣). انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٩).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤١).

ولو أراد المكري إبدالها، فهل له ذلك دون رضا المكتري، فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لما فيها من حق المكتري[(١)].

والثاني ـ عن الشيخ أبي محمد ـ: أنه يفرق بين أن[(٢)] يعتمد في اللفظ[(٣)] الدابة، بأن يقول: «آجرتك دابة من صفتها كذا وكذا»، فلا يجوز إبدالها بالتي تسلمها[(٤)]. أو لا يعتمد[(٥)]، بأن يقول: «ألزمت[(٦)] إركابك[(٧)] على دابة صفتها كذا وكذا[(٨)]»، فيجوز الإبدال[(٩)]. واختار في «الوسيط»[(١٠)] هذا الوجه الثاني، لكن الأصح عند المعظم الأول.

ويترتب على الوجهين، ما إذا أفلس المكري بعد تعيين دابة عن إجارة الذمة، هل يتقدم المكتري بمنفعتها؟ وقد ذكرنا ذلك في التفليس[(١١)]، والأصح التقديم، وهو الذي ذكره في «التهذيب»[(١٢)].

---

(١) «كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها». «المهذب» (١٥/ ٥٩).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (أنه).

(٣) في (ط العلمية): (باللفظ).

(٤) في (ز): (إبدال بالتي سلمها)، وفي (ط العلمية): (بالذي).

(٥) من قوله: (اللفظ الدابة) إلى هنا سقط من (ي).

(٦) في (ز): (التزمت).

(٧) في (ي): (ألزمت ذمتي إركابك).

(٨) قوله: (وكذا) سقط من (ي).

(٩) ذكر الماوردي: أنه لو كانت إجارة عين، لم يكن للجمال الإبدال إلا عن مراضاة. وإن كانت في الذمة، فإن الراكب لو انزعج بالبدل واستضرّ، لم يكن للجمال الإبدال. فإن لم ينزعج جاز، ولم يكن للراكب الاعتراض عليه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤١).

(١٠) «الوسيط» (٤/ ١٨٥).

(١١) انظر ما سلف (٧/ ٢١٥).

(١٢) «التهذيب» (٤/ ٤٥٩ - ٤٦٠).

ولو أراد المكتري أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة: إن كان قبل أن يتسلم دابة، لم يجز؛ لأنه اعتياض عن المسلم فيه. وإن كان بعد التسليم، جاز؛ لأن الاعتياض والحالة هذه، واقع عن حق في عين[١].

هكذا ذكره الأئمة. وفيه دليل على أن القبض يفيد تعلق حق المكتري بالعين، فيمتنع الإبدال دون رضاه.

قال:

(ويجوزُ إبدالُ المستوفي، فله أن يُركِبَ (ح ز) مِثلَ نفسِه، بل له أن يؤاجرَ الدابّةَ والدارَ مِن[٢] غيرِه.

ولا يجوزُ إبدالُ الأجيرِ الـمُعيَّنِ والدابّةِ والدار.

وفي إبدالِ الثوبِ الذي عُيِّنَ للخياطة، والصبيِّ الذي عُيِّـنَ للإرضاعِ والتعليم: وجهان).

هذا الفصل لا يختص بنوع إجارة الدواب، وإنما هو قول جملي في إبدال متعلقات الإجارة، والمنفعة المطلوبة بالعقد لها: مستوفٍ، ومستوفى منه، ومستوفيٍ به.

فأما المستوفي، وهو المستحق للاستيفاء[٣]، فله أن يبدل نفسه بغيره[٤]، كما يجوز له أن يؤجر ما استأجره من غيره. فإذا استأجر دابة للركوب، فله أن يركبها مثل

---

(١) في (ي): (عن تراضٍ).

(٢) قوله: (من) سقط من (ز).

(٣) في (ي)، (ز): (مستحق الاستيفاء).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٥٣).

نفسه في الطول والقصر والضخامة والنحافة، ومن هو أخف منه[١].

وكذلك يُلبِس الثوب من هو في مثل حاله، ويسكن الدار مثله، دون القصار والحداد؛ لزيادة الضرر.

وكذا إذا استأجر دابة لحمل القطن، له حمل الصوف والوبر[٢]. أو لحمل الحديد، له حمل الرصاص والنحاس. وإذا استأجر للحمل، فأراد إركاب مَنْ لا يزيد وزنه على وزن القدر المحمول، قال في «التتمة»: يرجع إلى أهل الصنعة، فإن قالوا: «لا يتفاوت الضرر»، جاز. وإن قالوا: «يتفاوت»، فلا يجوز.

وكذا لو استأجر للركوب فأراد الحمل، فالظاهر المنع من[٣] الطرفين[٤]. وهو قضية ما في «التهذيب»[٥].

وقوله في الكتاب: (فله أن يركب مثل نفسه)، يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة[٦]: لا يجوز إبدال الراكب واللابس[٧]. وسلّم أنه لو اكترى داراً ليسكنها، جاز له[٨] أن يسكنها غيره.

---

(١) ولم يجز أن يستبدل بمن هو أثقل منه. «الحاوي» (٩/ ٢٣٣).

(٢) الوبر: للبعير، كالصوف للغنم. «المصباح المنير» (٢/ ٦٤٦) (الوبر).

(٣) في (ز): (في).

(٤) لأن الراكب قد يكون أسهل على البعير من الحمل، لأنه يتحرك بحركة البعير في مسيره متقدماً ومتأخراً، وقد يكون الحمل أسهل، لأنه يتفرق في جنبي البعير. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٩).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٥١).

(٦) عند الحنفية: لا يجوز إبدال الراكب واللابس، لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس.
وعند الحنفية: إن استأجر ثوباً ليلبسه، فأعطاه غيره ولبسه ذلك اليوم، ضمنه إن أصابه شيء، لأنه غاصب في إلباسه غيره، وإن لم يصبه شيء فلا أجر له. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٦ – ٢٠٧)، «الهداية» (٩/ ٨٣ – ٨٤)، «الاختيار» (٢/ ٥١ – ٥٢).

(٧) في (ز): (واليابس).

(٨) قوله: (له) سقط من (ز).

وبالزاي؛ لأن القاضي ابن كج حكى عن الـمُـزَنيّ: منع إبدال الراكب.

وأما المستوفى منه، فنحو الدار والدابة المعينة والأجير المعين[1]، لا يجوز إبداله، كما لا يجوز إبدال المبيع.

وأما المستوفى به، فهو كالثوب المعين للخياطة، والصبي المعين للإرضاع والتعلم، والأغنام المعينة للرعي، وفي إبداله وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: أنه لا يجوز، كالمستوفى منه.

وأصحهماـ ما ذكره[2] الإمام[3] وصاحب «التتمة» ـ: يجوز؛ لأنه ليس معقوداً عليه، وإنما هو طريق الاستيفاء، فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل.

والخلاف جارٍ في انفساخ العقد بتلف هذه الأشياء في المدة: وميل العراقيين: إلى ترجيح الانفساخ، وقالوا: إنه المنصوص. والثاني: خرّجه بعض الأصحاب. وستزداد المسألة وضوحاً إذا انتهينا إلى الباب الثالث، فهي مذكورة فيه.

ويجري الخلاف في ما إذا لم يلتقم الصبي المعين ثديها: فعلى رأيٍ: ينفسخ العقد[4]. وعلى[5] الثاني: يبدل. والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ط العلمية): (المعتبر).

(٢) في (ي): (مما)، وفي (ز): (في ما).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٣/ ١٨-١٩).

(٤) و«إن كان الطفل لا يستمرئ لبنها، لعلة في اللبن»، فقد قطع الماوردي بأنه «عيب، وللمستأجر الفسخ». «الحاوي» (٩/ ٢٥١).

(٥) قوله: (على) سقط من (ز).

قال:

(ومهما استأجَرَ ثوباً للُبْس نَزعَه ليلاً إذا نام وفي وقتِ القَيلولة[١] (و). ولا يجوزُ الاتِّزارُ به. وفي الارتداءِ به تَردُّد).

إذا استأجر[٢] الثياب للبس، والبسط والزلالي للفرش، واللحف للالتحاف بها، جاز[٣]. وإذا استأجر ثوباً ليلبسه مدة، لم يجز أن ينام فيه بالليل؛ للعادة[٤]. وفي وقت القيلولة، وجهان:

أحدهما: أنه يلزم[٥] نزعه أيضاً؛ لأن الثوب ينتقص بالنوم فيه. وهذا ما أورده المصنف.

وأصحهما[٦] ـ وهو الذي أورده الأكثرون ـ: أنه لا يلزم؛ لاطراد العادة بالقيلولة في الثياب دون البيتوتة[٧]. نعم، لو كان[٨] المستأجَر القميص الفوقاني، لزمه نزعه، بل يلزم نزعه في سائر أوقات الخلوة[٩].

---

(١) القيلولة: يقال: يَقِيل قَيْلًا وقيلولة، أي نام نصف النهار. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٢١) (إقالة).

(٢) في (ي)، (ز): (استئجار).

(٣) في (ي)، (ز): (جائز).

(٤) «وعليه الضمان». «الحاوي» (٩/ ٢٧٧)، «التهذيب» (٤/ ٤٥١).

(٥) في (ز): (يجب).

(٦) وقطع بذلك في «الحاوي» (٩/ ٢٧٧)، وفي «التهذيب» (٤/ ٤٥١).

(٧) قال النووي: «ضبطه الصيمري فقال: إن نام ساعة أو ساعتين جاز، لأنه متعارف، وإن نام أكثر النهار لم يجز». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٥).

(٨) قوله: (كان) سقط من (ي).

(٩) أوقات الخلوة خاصة، التي يشير إليها قول الله تعالى: ﴿ثَلَٰثَ مَرَّٰتٍۚ مِّن قَبۡلِ صَلَوٰةِ ٱلۡفَجۡرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعۡدِ صَلَوٰةِ ٱلۡعِشَآءِۚ ثَلَٰثُ عَوۡرَٰتٖ لَّكُمۡ﴾. [النور: ٥٨].

وإنما يلبس ثياب التجمل[١] في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجمل، كحالة الخروج إلى السوق، ودخول الناس عليه.

ولا يجوز الاتزار بما يستأجر للُّبس؛ لأنه أضر بالقميص من اللُّبْس[٢]، وفي الارتداء وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه جنس آخر.

وأظهرهما: الجواز؛ لأن ضرر الارتداء دون ضرر اللبس[٣].

قال في «التتمة»: وإذا استأجر للارتداء[٤]، لم يجز الاتزار، ويجوز التعمم[٥].

* * *

(١) في (ي): (يلبس للتحمل)، وفي (ط العلمية): (الجمل).

(٢) لأنه يعتمد فيه على طاقين، وفي اللبس يعتمد فيه على طاق واحد. ويضمن لتعديه، لأن لبسه أصون.
انظر: «المهذب» (١٥/ ٥٣)، «الحاوي» (٩/ ٢٧٧).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٧).

(٤) في (ز): (للارتداء به).

(٥) في (ي): (التعميم).

فهرس المحتويات

الموضوع الصفحة

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ الشّفْعَة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

كِتَابُ القِرَاض

الموضوع | الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع **الصفحة**



الموضوع | الصفحة

كِتَابُ الإِجَارة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع | الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع الصفحة

❋ ❋ ❋